Veräußerung von Grundstückszubehör durch den Konkursverwalter.

ACAD. LEGUM BIBL.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der Juristischen Fakultät

der

Georgia-Augusta zu Göttingen

vorgelegt von

Wilhelm Epping,
Referendar in Hamburg.

Cassel
Druck von Reitze & Co.
1914.

Veräußerung von Grundstückszubehör durch den Konkursverwalter.

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der juristischen Fakultät

der

Georgia-Augusta zu Göttingen

vorgelegt von

Wilhelm Epping,
Referendar in Hamburg.

Cassel
Druck von Reitze & Co.
1914.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548101_0002

Inhalts-Verzeichnis.

Einleitung.

Seite

§ 1. Bedeutung und Grund der Streitfrage. Abgrenzung der Aufgabe 1

§ 2. Die rechtlichen Grundlagen 4

Hauptteil.

Verfügungen des Konkursverwalters, insbesondere die entgeltliche Zubehörveräußerung.

§ 3. 1. Wird das veräußerte Grundstückszubehör von der Haftung frei? 7

2. Tritt das Entgelt in die Hypothekenhaftung ein?

§ 4. a) Gibt es einen allgemein geltenden Satz des Inhalts, daß der Erlös an die Stelle der Sache tritt? 11

§ 5. b) Gibt es einen Satz, der den dinglichen Eintritt (die dingliche Surrogation) für den Konkurs allgemein ausspricht, zu folgern aus § 127 KO.? . 12

§ 6. c) Sind §§ 865, II, 1 und 805, I ZPO. anwendbar? 16

§ 7. d) Folgt ein dinglicher Eintritt des Erlöses in die Hypothekenhaftung aus der Rechtsstellung des Konkursverwalters? 33

§ 8. e) Das Ergebnis 42

3. Was für schuldrechtliche Folgen hat die Veräußerung des Grundstückszubehörs?

§ 9. a) Die Bedeutung der §§ 1121 ff. BGB. in schuldrechtlicher Beziehung 44

Seite

§ 10. b) Ist § 46 KO. von Bedeutung? 47

§ 11. c) Sind Verfügungen des Eigentümers und des Konkursverwalters auch schuldrechtlich gleichzustellen? 52

§ 12. d) Die Pflichten des Eigentümers gegenüber dem Hypothekengläubiger 61

§ 13. e) Die Pflichten des Konkursverwalters und die Bedeutung ihrer Verletzung für die Konkursmasse 70

Schluß.

§ 14. Rechtspolitische Würdigung 77

Das Schrifttum.

1. Lehrbücher und Kommentare.

Biermann, Bürgerliches Recht. I. Bd. 1908.

Biermann, Das Sachenrecht des BGB. in Oertmanns Kommentar. 2. Aufl. 1903.
Kommentar

Dernburg, Das Sachenrecht. 4. Aufl. 1908. (III. Bd. des Lehrbuches des bürgerlichen Rechts).

Endemann, Das deutsche Konkursverfahren. 1889.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I. Bd. 8.—9. Aufl. 1903.
BGB.

Fischer-Henle, Handausgabe des BGB. 9. Aufl. 1912.

Fischer-Schaefer, Die Gesetzgebung betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, Komm. 2. Aufl., 1910.

Fitting, Das Reichskonkursrecht und Konkursverfahren. 3. Aufl. 1904.

Fuchs, Grundbuchrecht. I. Bd. 1902.

Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnung. Komm. 8—9. Aufl. 1908.

Harburger, Handausgabe der KO. 1900.

Hellmann, Lehrbuch des deutschen Konkursrechts. 1907.
Lehrbuch

Hellmann, Konkursrecht und Konkursprozeß in Birkmeyers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., 1904.
Enzyklopädie

Jaeckel-Güthe, Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. Komm. 4. Aufl., 1912.

Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung. 3.-4. Aufl. 1907-1912.

Kohler, Lehrbuch des Konkursrechts. 1891.
Lehrbuch

Kohler, Leitfaden des deutschen Konkursrechts. 2. Aufl. 1903.
Leitfaden

Niedner, Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. 1904.

Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht. II. Bd., 4. Aufl., 1909.

Petersen-Kleinfeller, Konkursordnung. Komm., 4. Aufl. 1900.

v. d. Pfordten, Kommentar zu dem Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. 1905.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. 3. Aufl., I. Bd. 1903. III. Bd. 1906.

RGR. Das bürgerliche Gesetzbuch. Kommentar der Reichsgerichtsräte. 1910.

Reinhard, Das Zwangsversteigerungsgesetz. 1901.

Sarwey, Sarwey-Bossert. Konkursordnung. Kommentar, 4. Aufl. 1901.

Seuffert, Zur Geschichte und Dogmatik des deutschen Konkursrechtes. 1888.
Geschichte und Dogmatik

Seuffert, Deutsches Konkursprozeßrecht. 1899.
Konkursprozeß

Seuffert, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 11. Aufl., 1911.
ZPO.

Sohm, Institutionen. 13. Aufl., 1908.

Staudinger, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. 7—8. Aufl., 1912.

v. Völderndorff, Die Konkursordnung. Komm. 1885.

Willenbücher, Die Konkursordnung nebst Anfechtungsgesetz. Komm. 3. Aufl., 1909.

v. Wilmowski, v. Wilmowski-Kurlbaum-Kühne, Deutsche Reichskonkursordnung. Komm. 6. Aufl., 1906.

Wolff, Sachenrecht. Bd. II. 1. vom Lehrbuch des bürgerlichen Rechts von Enneccerus-Kipp-Wolff, 1910.
BGB.

Wolff, Konkursordnung, Komm. 1900.
KO.

Wolff, Das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. Komm. 3. Aufl., 1909.
ZVG.

Wolff, Das Absonderungsrecht im Konkurse. 1892.
Absonderungsrecht.

2. Motive usw.

Mot. Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches. III. Bd. Sachenrecht. 1888.

Prot. Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes des bürgerlichen Gesetzbuches. III. Bd. Sachenrecht. VI. Bd. Entwurf 2 usw. 1899.

Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen. IV. Bd., 1881. VIII. Bd., 1898.

3. Abhandlungen.

Josef, „Kalt Abrennen" im Recht, Jahrgang 1905, herausgegeben von Soergel.
Recht 1905.

Josef, „Veräußerung von Zubehör und Einziehung der Versicherungsforderung durch den Konkursverwalter" in der Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht, herausgegeben von Düringer, Jaeger und Könige. Jahrgang 1909.
LZ. 1909

Josef, „Veräußerung von Grundstückszubehör durch den Konkursverwalter" in der Leipziger Zeitschrift, Jahrgang 1909.
LZ. 1911

Kretzschmar, „Die Beschlagnahme im Zwangsversteigerungsverfahren" in Seufferts Blättern für Rechtsanwendung. Bd. 76.

Lippmann, „Zur Lehre von der Kompensation nach dem Entwurfe des Bürgerlichen Gesetzbuches" in Iherings Jahrbüchern. Bd. 32.

Meiser, „§ 1121 BGB." in Seufferts Blättern für Rechtsanwendung. Bd. 75.

Mettier, „Die Pfandhaftung der Früchte (Miet- und Pachtzinse) eines Immobile". Dogmatische Studie. 1904.

Potyka, „Die Rechtsstellung des Konkursverwalters im allgemeinen und insbesondere den Absonderungsgläubigern gegenüber" in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und das Konkursrecht. Bd. 70, 71.

Reinbeck, Die Haftung der Versicherungsforderung für Hypotheken und Grundschulden. 1905.

Schaefer, „Veräußerung von Grundstückszubehör durch den Konkursverwalter" in der Leipziger Zeitschrift, Jahrgang 1911.
LZ. 1911

Schäfer, „Voraussetzungen der freihändigen Veräußerung von Grundstücken im Konkurse. Wirkung derselben auf Absonderungsrechte, insbesondere Hypotheken. Verzicht auf Absonderungsrechte", in Seufferts Blättern für Rechtsanwendung. Bd. 71.

Schmidt, Richard, „Lothar Seuffert, Deutsches Konkursprozeßrecht". Besprechung dieses Werkes in Buschs Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß. Bd. 29.

Schneider, „Die Gläubigeranfechtung und der § 1124 BGB." in der Leipziger Zeitschrift, Jahrgang 1909.
LZ. 1909.

Schneider, „Zur Geschichte und Auslegung des § 1121, I BGB. in Hinsicht auf Zubehörstücke" in Iherings Jahrbüchern, Bd. 58.

Wolff, „Die Zwangsversteigerung auf Betreiben des Konkursverwalters" in der Leipziger Zeitschrift, Jahrgang 1911.
LZ. 1911

4. Entscheidungen.

RG. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 14, S. 1; Bd. 23, S. 54; Bd. 25, S. 18; Bd. 26, S. 5; Bd. 28, S. 146; Bd. 29, S. 29; Bd. 33, S. 116; Bd. 34, S. 26; Bd. 34, S. 167; Bd. 35, S. 28; Bd. 35, S. 118; Bd. 36, S. 93; Bd. 39, S. 94; Bd. 42, S. 85; Bd. 42, S. 170; Bd. 46, S. 165; Bd. 52, S. 138; Bd. 55, S. 207; Bd. 58, S. 12; Bd. 63, S. 371; Bd. 64, S. 28; Bd. 66, S. 113; Bd. 69, S. 85; Bd. 69, S. 246; Bd. 73, S. 333; Bd. 74, S. 106.

Rspr. = Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, Bd. 1, S. 374; Bd. 1, S. 440; Bd. 3, S. 180; Bd. 4, S. 368; Bd. 9, S. 383; Bd. 10, S. 122; Bd. 15, S. 168; Bd. 15, S. 239; Bd. 16, S. 344.

JW. = Juristische Wochenschrift, Jahrgang: 1886, S. 414; 1893, S. 160; 1896, S. 358; 1897, S. 188; 1899, S. 305; 1899, S. 491; 1900, S. 73; 1907, S. 129; 1907, S. 251; 1907, S. 332; 1908, S. 561; 1910, S. 806; 1911, S. 60.

Seuff A. = Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte,
Bd. 39, S. 384; Bd. 59, S. 147; Bd. 59, S. 218; Bd. 59, S. 296; Bd. 63, S. 339; Bd. 64, S. 484; Bd. 65, S. 99; Bd. 66, S. 322.

Gruchot = Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts,
Bd. 53, S. 1009; Bd. 55, S. 664.

LZ = Leipziger Zeitschrift,
Jahrgang: 1911, S. 315; 1912, S. 696.

ZBlfG. = Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit usw.,
Bd. 4, S. 90; Bd. 10, S. 737.

Puchelt = Puchelts Zeitschrift,
Bd. 35, S. 72.

Seuff. Bl. = Seufferts Blätter für Rechtsanwendung,
Bd. 46, S. 233.

Warneyer, Ergänzungsband,
Jahrgang: 1911, S. 304.

R. = Das Recht, Jahrgang 1910 N. 2821.

Hans. Ger. Z. = Hanseatische Gerichtszeitung,
Jahrgang 1908, Beiblatt S. 108.

Bad. Rechtsprax. = Badische Rechtspraxis, Jahrgang 1904, S. 234.

Bemerkung: Die in der ersten Spalte gegebenen Abkürzungen geben die Namen an, unter denen die betr. Werke in der Arbeit angeführt sind. Die zweite Spalte gibt die vollen Titel.

Einleitung.

§ 1.

Bedeutung und Grund der Streitfrage. Abgrenzung der Aufgabe.

I. Unsere Konkursordnung hat es im allgemeinen verstanden, die verschiedenen widerstreitenden Interessen, die sich von Haus aus bei jedem Konkurse bekämpfen, bis zu einem gewissen Grade miteinander auszusöhnen. Die verschiedenen Gläubiger des Gemeinschuldners, vor der Konkurseröffnung Nebenbuhler, werden durch den Konkurs zu einer Interessengemeinschaft zusammengefaßt, da nach der Konkurseröffnung keine Sonderbefriedigung irgend welcher Art mehr möglich ist. Dies kommt andererseits wieder dem Gemeinschuldner zu Gute, der auf diese Weise eher hoffen kann, daß sein Hab und Gut in lohnender Weise zu Gelde gemacht wird, als wenn er willkürlicher Einzelvollstreckung ausgesetzt wäre.

Ganz außerhalb dieser Interessenausgleichung stehen nun aber die Absonderungsberechtigten. Als Grund hierfür ergibt sich unschwer, daß sie nicht an der allgemeinen gleichmäßigen Behandlung der Konkursgläubiger (par conditio creditorum) teilnehmen, vielmehr eine „abgesonderte", eine Vorausbefriedigung beanspruchen können. Sie geraten hierdurch in einen natürlichen

Gegensatz zu den übrigen beim Konkurse beteiligten Gläubigern. Freilich ist dieser Gegensatz so lange unbedenklich, solange die Verhältnisse so klar liegen, daß gar keine rechtlichen Zweifel über die Berechtigung des Absonderungsgläubigers entstehen können. So wird bei einem vertragsmäßigen Pfandrechte nur selten ein Streit entstehen. Anders schon wird es bei den umfassenderen gesetzlichen Pfandrechten sein. Die größten Schwierigkeiten und Meinungsverschiedenheiten aber tauchen auf, sobald wir uns dem Grundpfandrechte, der Hypothek, zuwenden.

Die Hypothek ist ihrer Natur nach ein Recht, das in seinem Umfange und damit in seinem Werte beständigen Schwankungen unterworfen ist. Dies beruht (abgesehen von den hier uns nicht berührenden Schwankungen der Bodenpreise) darauf, daß nach den §§ 1120 ff. BGB. die Hypothek sich auf Erzeugnisse, Zubehör, Miet- und Pachtgelder, Versicherungsforderungen usw. mit erstreckt, daß aber in dem Bestande dieser Gegenstände ein andauernder Wechsel naturgemäß herrschen muß. Im Konkurse entsteht daher sofort die Frage, inwieweit der zur Zeit der Konkurseröffnung vorhandene Bestand an Zubehör, Mieten, Versicherungsforderungen usw. zur Befriedigung des Hypothekengläubigers zu verwenden ist, inwieweit der Konkursverwalter über diese Gegenstände verfügen kann. Hier liegt die Wurzel zu vielen Streitigkeiten zwischen den Konkursgläubigern und dem Konkursverwalter einerseits und den Absonderungsberechtigten andererseits, und zwar handelt es sich hierbei nicht nur um tatsächliche, sondern vielmehr in der Hauptsache um rechtliche Meinungsverschiedenheiten. Im Interesse der absonderungsberechtigten Hypothekengläubiger würde es liegen, dem Konkursverwalter jede Verfügung über die der Hypothek mithaftenden Gegenstände zu verbieten, im

Interesse der Konkursgläubiger, ihm jede solche Verfügung zu gestatten. Das Gesetz gibt ausdrückliche Bestimmungen hierüber nicht, und die Folge davon ist, daß in Schrifttum und Rechtsprechung die verschiedensten Ansichten in dieser Hinsicht vertreten werden.

Es erscheint daher angebracht, diese Frage einmal näher zu untersuchen, zumal viele der heute maßgebenden Entscheidungen rechtlich wie wirtschaftlich durchaus nicht befriedigen können.

II. Die Untersuchung handelt im wesentlichen von dem praktisch wohl häufigsten Falle, daß nach der Konkurseröffnung der Konkursverwalter Grundstückszubehör veräußert und den Erlös zur Masse zieht, bevor der Hypothekengläubiger eine Beschlagnahme des Grundstücks ausgebracht hat. Nur nebenbei sind die benachbarten Gebiete mit behandelt worden, so die unentgeltliche Zubehörveräußerung, die Zubehörbelastung und die Verfügungen über getrennte Bestandteile, Mietzinsen, Versicherungsforderungen. Daß das Hauptgewicht gerade auf die Veräußerung von Zubehör gelegt ist, erklärt sich aus verschiedenen Gründen; einmal hat dieser Fall praktisch wohl die größte Bedeutung; sodann hat sich die wissenschaftliche Streitfrage stets im wesentlichen nur hierum gedreht; weiter ist mit Bezug auf Mietzinsen und Versicherungsforderungen durch die verhältnismäßig ausführliche Regelung im BGB. der Rechtsprechung schon viel mehr der Weg gewiesen, als dies beim Zubehör der Fall ist; endlich aber schließt, wie die Untersuchung zeigen soll, eine klare Stellungnahme in der Frage des Zubehörs eine solche hinsichtlich der übrigen der Hypothek haftenden Gegenstände eigentlich schon von selbst in sich.

III. Es ist zu bemerken, daß die vorliegende Untersuchung sich nur auf die Fälle bezieht, in denen die fragliche Verfügung des Konkursverwalters zu einer Zeit erfolgt,

zu der die betr. Gegenstände noch nicht zugunsten des Hypothekengläubigers „in Beschlag genommen" worden sind im Sinne der §§ 1121, I, 1122, I, 1123, II, 1124, I, 1126, 1129 BGB. Bekanntlich ist streitig, was man unter dieser Beschlagnahme zu verstehen hat. Diese Frage wird uns hinsichtlich des Konkurses unten noch näher beschäftigen. Hier wird darunter verstanden sowohl die Beschlagnahme bei der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen als auch die Pfändung bei der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen. Die Ansicht, die diese beiden Vorgänge als Beschlagnahme ansieht, kann wohl heute als die mit Recht weitaus überwiegende bezeichnet werden; eine eingehende Beleuchtung dieser Frage erübrigt sich an dieser Stelle. Denn nach § 49 Nr. 2 KO. ist es klar, daß auch im Falle der Mobiliarpfändung der pfändende Hypothekengläubiger gegen Verfügungen des Konkursverwalters gesichert ist. Diese Fälle scheiden also aus dem Bereiche unserer Streitfrage von vornherein aus. Zu beachten ist nur, daß gemäß § 15 KO. die Mobiliarpfändung schon vor der Konkurseröffnung erfolgt sein muß, während die Immobiliarvollstreckung naturgemäß durch den Hypothekengläubiger auch nach der Konkurseröffnung noch erwirkt werden kann (vgl. § 47 KO., § 1147 BGB.).

§ 2.

Die rechtlichen Grundlagen.

Wie man wissenschaftlich dazu kommt, die in dieser Untersuchung behandelte Streitfrage überhaupt aufzuwerfen, ergibt sich aus folgender Erwägung:

Nach § 1 KO. umfaßt das Konkursverfahren das gesamte einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners, welches ihm zur Zeit der Eröffnung des Konkurses gehört. Hieraus ergibt sich deutlich, daß

zur „Konkursmasse", wie das Gesetz das so umschriebene Vermögen nennt, auch Grundstücke gehören, und ebenso das Zubehör von Grundstücken und alle übrigen Gegenstände, auf die sich bei einem Grundstücke die Hypothek mit erstreckt; diese Ansicht bestätigt auch § 4, I KO.; denn er spricht von einer „abgesonderten Befriedigung aus Gegenständen, welche zur Konkursmasse gehören".

Für die Dauer des Konkursverfahrens verliert der Gemeinschuldner nun nach § 6 KO. das Verwaltungs- und Verfügungsrecht hinsichtlich der Konkursmasse; es wird während dieser Zeit durch den Konkursverwalter ausgeübt (§ 6, II, KO.) und zwar hinsichtlich der ganzen Masse, also auch hinsichtlich der Grundstücke und des Grundstückszubehörs. Es ist klar, daß der Konkursverwalter infolgedessen tatsächlich in der Lage ist, auf die den Absonderungsrechten unterliegenden Grundstücke im Wege der, freilich dann nicht mehr „ordnungsmäßigen" Verwaltung derart einzuwirken, daß der Wert der Haftstücke stark verringert wird, z. B. bei einem landwirtschaftlichen Grundstücke durch unsachgemäße Bebauung u. a. Es ergibt sich dann alsbald für die Absonderungsberechtigten die Frage, wie sie rechtlich gegen ein solches, ihre Interessen verletzendes Verhalten des Konkursverwalters geschützt sind; vor allen Dingen fragt es sich, ob der Hypothekengläubiger gegenüber einem solchen Verhalten des Konkursverwalters sich nur in derselben Weise decken kann, wie gegenüber dem Eigentümer. Die Berechtigung dieser Frage wird gestützt durch die Erwägung, daß der Konkursverwalter trotz seiner sehr umfangreichen Befugnisse in seiner freien Entscheidung doch wesentlich gebunden wird durch seinen Zweck, in öffentlichem Interesse eine gleichmäßige und gerechte Abfindung der Konkursbeteiligten herbeizuführen.

An dieser Stelle setzt denn auch der Streit der Meinungen ein. Die eine Richtung betont hauptsächlich

die Gebundenheit des Konkursverwalters und gelangt daher zu dem Ergebnisse, daß dieser in keiner Weise zu Verfügungen über Grundstückszubehör und die übrigen mithaftenden Gegenstände berechtigt sei. Die gegenteilige Meinung stellt ihn in seinen Befugnissen dem Eigentümer gleich und gelangt im äußersten Falle dazu, dem Konkursverwalter völlig freie Verfügungsbefugnis über die der Hypothek mithaftenden Gegenstände zuzusprechen, unter Anerkennung allein der Grenzen der §§ 1120 bis 1130 BGB. Zwischen diesen beiden Meinungen vermitteln die verschiedensten anderen.

Die vorliegende Untersuchung bezweckt, all diese Meinungen auf ihre Begründetheit zu prüfen. Sie sucht in dem hauptsächlich untersuchten Regelfalle der Zubehörveräußerung gegen Entgelt auf folgende drei Fragen Antwort zu geben:

ob das veräußerte Grundstückszubehör selbst der Hypothek noch weiter unterliegt;

ob zwar das Zubehör selbst von der Haftung für die Hypothek freigeworden, jedoch das Entgelt, also z. B. die Kaufpreisforderung oder der noch unterscheidbare Kaufpreis [1]) an seiner Stelle in die Haftung eingetreten ist;

endlich, ob zwar dingliche Rechte für den Hypothekengläubiger weder an den Zubehörstücken noch an dem Entgelt bestehen, jedoch der Konkursverwalter durch seine Handlung sich und die Konkursmasse dem Hypothekengläubiger schuldrechtlich verpflichtet hat.

[1]) Der nicht mehr unterscheidbare Kaufpreis muß für unsere Erörterung naturgemäß außer Betracht bleiben, da hier durch das Dazwischentreten der Grundsätze über Verbindung und Vermischung das Ergebnis in einer der Klarheit der Entscheidung nicht günstigen Weise verändert werden müßte.

Hauptteil.

Verfügungen des Konkursverwalters, insbesondere die entgeltliche Zubehörveräußerung.

§ 3.

1. Wird das veräußerte Grundstückszubehör von der Haftung frei?

I. Für die Frage, ob das Grundstückszubehör auch nach der Veräußerung durch den Konkursverwalter noch der Hypothek haftet, sind maßgebend allein die Bestimmungen des § 1121 BGB. i. V. mit § 6 KO. § 1121 BGB. bestimmt in Abs. I, daß Zubehörstücke eines Grundstücks von der Haftung für die Hypothek frei werden, wenn sie veräußert und von dem Grundstück entfernt werden, bevor sie zu Gunsten des Hypothekengläubigers in Beschlag genommen sind. Diese Bestimmung bezieht sich zunächst auf die Veräußerung durch denjenigen, der unter normalen Umständen nach bürgerlichem Recht verfügungsberechtigt ist, also in erster Linie den Eigentümer. Wie aber der § 1121 BGB. selbst nicht von Veräußerungshandlungen nur des Eigentümers spricht, vielmehr von Veräußerungen schlechtweg, so würde es auch dem Sinne der Stelle widersprechen, wollte man sie lediglich auf den Eigentümer beschränken. Z. B. wird

auf Verfügungen, die der Ehemann berechtigterweise hinsichtlich von Frauengut, der Testamentsvollstrecker hinsichtlich von Erbschaftsgegenständen vornimmt, der § 1121 BGB. zweifellos Anwendung finden müssen. Doch auch im Falle der Veräußerung durch den Konkursverwalter kann das Ergebnis kein anderes sein. Da nach § 6, II KO. während der Dauer des Konkurses das Verfügungsrecht des Eigentümers durch den Konkursverwalter ausgeübt wird, so muß seinen Verfügungen im allgemeinen die gleiche Wirkung beigemessen werden, wie Verfügungen des Eigentümers vor der Konkurseröffnung; auch seine Veräußerung muß in Verbindung mit der Entfernung vom Grundstücke die Zubehörstücke von der Haftung für die Hypothek freimachen. Die gesamte Literatur ist denn auch einig über dieses Ergebnis, und auch in der Rechtsprechung wird überwiegend die gleiche Ansicht vertreten.

Handelt es sich nicht um die Veräußerung von Zubehör, sondern um irgend eine andere Verfügung über einen Gegenstand, auf den die Hypothek sich erstreckt, so ist ganz entsprechend nach §§ 1122 bis 1130 BGB. zu entscheiden, ob der betreffende Gegenstand aus der Hypothekenhaftung ausgeschieden ist oder nicht.

II. Zweifel können entstehen höchstens auf Grund der besonders von Kohler vertetenen Beschlagstheorie.[2])

[2]) Die Theorie ist wohl zuerst durchgeführt worden von Kohler, Lehrbuch S. 99 ff. und wird jetzt u. a. vertreten von: Kohler, Leitf. S. 73, 82, bes. Anm. 3; Seuffert, Konkursprozeß S. 151 ff.; Hellmann, Lehrbuch S. 448; Hellmann, Enzyklopädie S. 1058; Wolff in L. Z. 1911, S. 186; Lippmann S. 210, 211, Anm. 2; OLG. München Seuff. A. Bd. 63, S. 342; ähnlich auch OLG. Dresden Rspr. Bd. 4, 370. Dagegen wird nachdrücklich betont, daß die Konkurseröffnung eine Beschlagnahme nicht bedeutet, u. a. von Petersen-Kleinfeller S. XIII, Einl. III, Bem. 7; S. 22, 23, § 3, Bem. 1; v. Wilmowski S. 7, Einl. Bem. 3; Rich. Schmidt, bes. S. 539, 540, Anm. 6, auch vom RG. Bd. 25, S. 22.

Diese geht davon aus, daß das Konkursverfahren eine Zwangsvollstreckung und zwar Gesamtvollstreckung zu Gunsten der Gläubigerschaft sei, und daß die Konkurseröffnung ein „Beschlagsrecht" an der gesamten Konkursmasse zu Gunsten der Gläubigerschaft begründe, d. h. ein dingliches, dem Pfändungspfandrecht nahestehendes Recht. Jedoch auch diese Meinung geht im allgemeinen nicht so weit, die Konkurseröffnung für eine „Beschlagnahme" im Sinne der §§ 1121, I, 1122, I, 1123, II, 1124, I, 1126, 1129 BGB. zu erklären. Diese Ansicht vertreten nur Kohler[3]) und in sehr scharfer Weise das OLG. Dresden.[4]) Während Kohler nur sagt, daß die Hypothekengläubiger das erste Anrecht auf das Grundstückszubehör haben, also Konkursgläubigern vorgehen, sagt das OLG. Dresden, freilich ohne die Ausdrücke „Beschlagsrecht" oder „Beschlagnahme" zu gebrauchen, geradezu: „Das Recht der Pfandgläubiger wird mit der Konkurseröffnung ein endgültiges, während sich der Verwalter vermöge des Zweckes des Verfahrens und des Umfanges seiner darauf beruhenden Aufgaben und Rechte an Maßnahmen der in § 1121 BGB. bezeichneten Art verhindert sieht". Es erübrigt sich, an dieser Stelle die Berechtigung oder Nichtberechtigung der „Beschlagstheorie" zu erörtern; denn daß selbst die Beschlagstheorie einer Anwendung der §§ 1121 bis 1130 BGB. nicht im Wege steht, weil die „Beschlagnahme" durch die Konkurseröffnung nie und nimmer eine „Beschlagnahme" im Sinne dieser §§ sein kann, ergibt sich aus folgenden Erwägungen: Nach § 126 KO. kann der Konkursverwalter die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung der zur Masse gehörigen unbeweglichen Gegenstände betreiben; es erfolgt in diesem Falle genau wie bei der außerhalb des Kon-

[3]) Leitfaden S. 82, Anm. 3.
[4]) Rspr. Bd. 4, S. 370.

kurses stattfindenden Zwangsverwertung ein Beschluß des Gerichts, der das Verfahren anordnet (§ 15 ZVG.). Dennoch gilt dieser Beschluß nach § 173, I ZVG. nicht wie der entsprechende außerhalb des Konkurses als Beschlagnahme des Grundstücks. Hieraus läßt sich m. E. der Schluß ziehen, daß auch die Konkurseröffnung keine Beschlagnahme sein kann, zumal das Gesetz dieses doch sicher aussprechen würde, wenn es eben in der Konkurseröffnung zugleich eine Beschlagnahme sähe. Auch daß § 173 ZV., soweit er eine Beschlagnahmewirkung nicht entbehren kann, hierfür den Zeitpunkt der Anordnung der Zwangsversteigerung, nicht den der Konkurseröffnung maßgebend sein läßt, spricht in diesem Sinne. Diese Ansicht erfährt weiter eine besondere Stütze auch noch dadurch, daß gemäß § 20, I ZVG. die Anordnung des Zwangsversteigerungsverfahrens nur zu Gunsten des betreibenden Gläubigers als Beschlagnahme gilt; ebenso würde auch die Konkurseröffnung doch höchstens zu Gunsten der Konkursgläubiger, nicht aber zu Gunsten der Absonderungsberechtigten, die als solche gar nicht zu den Konkursgläubigern gehören, als Beschlagnahme gelten können. Hieraus würde sich ergeben, daß gerade gegenüber den Absonderungsberechtigten — und nur um diese handelt es sich in unserem Falle — noch immer eine Befreiung der Zubehörstücke von der Pfandhaftung gemäß § 1121, I BGB. durch Veräußerung und Entfernung möglich wäre. Und endlich darf nicht übersehen werden, daß das Veräußerungsverbot, das in der Beschlagnahme liegen müßte, sich nur an den Gemeinschuldner wenden könnte, als an den Schuldner, gegen den die Gesamtvollstreckung sich richtet; die Beschlagstheorie übersieht in diesem Zusammenhange, daß die Gesamtvollstreckung in ihrem Sinne gerade darin gipfelt, dem Eigentümer die Verfügungsmacht zu nehmen und an seine Stelle einen Treuhänder der Gesamtgläubigerschaft, den Konkurs-

verwalter, zu setzen. Es ist unlogisch, das Veräußerungsverbot, das sich an den Gemeinschuldner richtet, auch diesem Treuhänder gegenüber aufrecht erhalten zu wollen.[5] Es sei übrigens bemerkt, daß auch das OLG. Dresden, das diese Theorie vertritt, die Pfandhaftung des Zubehörs infolge der Veräußerung und Entfernung enden läßt. Freilich ist nicht ganz klar, auf welchem Wege es dazu kommt. Es betont, daß die Pfandhaftung der Zubehörstücke nicht erloschen sei, zieht hieraus jedoch nur den Schluß, daß die Hypothekengläubiger auf den Erlös Anspruch haben.

Es ist daher unmöglich, die Konkurseröffnung als „Beschlagnahme" im Sinne der §§ 1121 ff. BGB. anzusehen, und wir kommen ohne Zweifel zu dem Ergebnis, daß die Zubehörstücke durch die Veräußerung des Konkursverwalters und die nachfolgende Entfernung vom Grundstücke von der Haftung für die Hypothek befreit worden sind.

2. Tritt das Entgelt in die Hypothekenhaftung ein?[6]

§ 4.

a) Gibt es einen allgemein geltenden Satz des Inhalts, daß der Erlös an die Stelle der Sache tritt?

Es ist zu betonen, daß es im bürgerlichen Rechte keinen allgemeinen Rechtssatz gibt des Inhalts, daß das Entgelt an die Stelle einer Sache tritt, wenn diese aus bestimmten Rechtsbeziehungen ausgeschieden ist. Der

[5]) Vgl. hierzu Wolff in LZ. 1911, S. 186. Es wird hier als selbstverständlich behandelt, daß die Beschlagnahme sich eben nur gegen den Gemeinschuldner richtet.

[6]) Gerade dieser Teil d. Unt. bezieht sich naturgemäß überwiegend auf die Zubehörveräußerung, da praktisch bei Verfügungen über Mietzinsen oder Versicherungsforderungen ein „Entgelt" wohl selten vorkommen wird.

alte gemeinrechtliche Satz: Pretium succedit in locum rei, res in locum pretii hat im heutigen bürgerlichen Rechte nie die Bedeutung eines allgemein gültigen Grundsatzes gehabt, sondern stellt nur eine Formel dar für Rechtsfolgen, die in besonderen, im Gesetze bestimmten Rechtslagen eintreten. Dies ist von der Rechtsprechung, besonders des Reichsgerichts, anerkannt worden, schon für das ALR. und das Gemeine Recht, ebenso aber auch für das BGB.[7]) Daß dem bürgerlichen Rechte ein Satz des erwähnten Inhalts tatsächlich fremd ist, ergibt sich daraus, daß im BGB. sowohl wie in sonstigen Reichsgesetzen es immer ausdrücklich hervorgehoben wird, wenn einmal der Preis in irgend einer Beziehung an die Stelle der Sache treten soll, z. B. in §§ 281, I, 1219, I BGB., 127, I KO. Ja, der beste Beweis ist vielleicht das eheliche Güterrecht; hier herrscht offenbar der Gedanke der „dinglichen Surrogation", kraft dessen das mit Mitteln des Vorbehaltsgutes Erworbene wieder Vorbehaltsgut wird usw.; trotzdem ist diese Folge nicht etwa nur einmal in einem für das ganze eheliche Güterrecht geltenden Satze ausgesprochen, sondern eine solche Anordnung findet sich in jedem einzelnen Falle, vgl. z. B. §§ 1370, 1440, II, 1486, I, 1524, I, 1550, II BGB.

§ 5.

b) Gibt es einen Satz, der den dinglichen Eintritt (die dingliche Surrogation) für den Konkurs allgemein ausspricht, zu folgern aus § 127 KO.?

I. Häufiger in der Literatur findet sich eine Meinung, die die hypothekarische Haftung des Erlöses für Zubehörstücke usw., über die der Konkursverwalter verfügt hat,

[7]) RG. Bd. 25, S. 21; Bd. 28, S. 149; RG. in Seuff. A. Bd. 39, S. 384; OLG. Köln, Puchelt Bd. 35, S. 73; gleicher Ansicht auch Schaefer in LZ. 1911, S. 9.

annimmt und diese Stellungnahme nur durch einen kurzen Hinweis auf § 127 KO. begründet. Ob dieser Paragraph direkt oder analog angewandt werden soll, wird dabei nicht gesagt.[8]) Aber auch diese Ansicht muß Bedenken begegnen.

II. § 127 KO. ist zunächst nicht direkt anwendbar, wenn es sich um Verfügungen über Gegenstände handelt, die der Hypothek mithaften.[9]) In diesem Paragraphen wird dem Konkursverwalter das Recht gegeben, die Verwertung eines zur Masse gehörigen beweglichen Gegenstandes, an welchem ein Gläubiger ein durch Rechtsgeschäft bestelltes Pfandrecht oder ein diesem gleichgestelltes Recht beansprucht, nach Maßgabe der Vorschriften über die Zwangsvollstreckung oder über den Pfandverkauf zu betreiben. Es soll der Gläubiger einer solchen Verwertung nicht widersprechen können, vielmehr nur berechtigt sein, seine Rechte auf den Erlös geltend zu machen. § 127 KO. bezieht sich somit nur auf „bewegliche Gegenstände, an denen ein Gläubiger ein durch Rechtsgeschäft bestelltes Pfandrecht oder ein diesem gleichstehendes Recht beansprucht".

Nun sind die Gegenstände, auf die die Hypothek sich mit erstreckt, zwar bewegliche Gegenstände, das Recht, das an ihnen in Anspruch genommen wird, ist aber kein Pfandrecht, noch auch ein einem solchen gleichstehendes Recht. Pfandrecht im Sinne des bürgerlichen Rechts, also auch der KO., ist nur das Pfandrecht an beweglichen Sachen. Das Hypothekenrecht wird dagegen vom Gesetz nie als „Pfandrecht" schlechthin bezeichnet, höchstens

[8]) RG. Bd. 42, S. 90; KG. in LZ. 1911, S. 315; OLG. Dresden Rspr. Bd. 4, S. 370; Turnau-Förster, S. 793, § 1121, Bem. IV, I. Zweifelnd: OLG. München, Seuff. A. Bd. 63, S. 342, 343.

[9]) So: RG. JW. 1897, S. 188; Seuff. Konkursprozeß S. 308, Anm. 20; Jaeger Bd. II, S. 149, § 127, Bem. 1; Wolff KO. S. 327, § 127, Bem. 2; Willenbücher S. 198, § 127, Bem. 2; auch wohl Hellmann, Lehrb. S. 447, 450 und Schaefer in LZ. 1911, S. 13.

als Grundpfandrecht. Es ist aber nicht angängig, das Hypothekenrecht, insoweit es sich auf bewegliche Sachen erstreckt, als Mobiliarpfandrecht aufzufassen.[10]) Dies zeigt sich insbesondere in den §§ 1121 bis 1130 BGB., die davon handeln, wie das Hypothekenrecht an den einzelnen mithaftenden Gegenständen erlischt, während für das Erlöschen des wahren Pfandrechts an beweglichen Sachen die §§ 1252, 1253, 1256, 936 BGB. in Frage kommen. Das Hypothekenrecht in seiner Erstreckung auf bewegliche Gegenstände kann aber nach dem Sinne des § 127 KO. auch nicht für ein „dem Pfandrecht gleichstehendes Recht" gelten. Hierunter versteht das Gesetz offenbar die in § 49 KO. bezeichneten Rechte, also das Vorzugsrecht des Reiches an Zoll- und steuerpflichtigen Sachen, das Pfändungspfandrecht, handelsrechtliche Zurückbehaltungsrecht usw. Für diese Auffassung spricht schon die völlige Gleichartigkeit des Ausdrucks in §§ 48, 49 und 127 KO., ebenso wie die offenbare Gleichordnung der §§ 47 und 126 KO. Das Hypothekenrecht steht dem Pfandrecht an beweglichen Sachen nicht gleich, sondern bildet eine zweite, neben dem Mobiliarpfandrecht stehende, Unterart der Pfandrechte im weiteren Sinne.

III. Ebensowenig aber wie § 127 KO. direkt angewandt werden kann, kann von einer analogen Anwendung die Rede sein. Dem scheint mir die ganze Stellung zu widersprechen, die unsere Konkursordnung einnimmt. Diese ist so kurz gefaßt, daß sie nur dann einen wirklichen Sinn bekommt, wenn man das bürgerliche Recht ergänzend (subsidiär) heranzieht. Die Kon-

[10]) Dies betont OLG. Braunschweig Seuff. A. Bd. 66, S. 323 und bes. Mettier S. 26 bis 29. Ebenso Reinbeck S. 89. Abweichender Ansicht scheinen die Mot. Bd. III S. 661 zu sein, die scheinbar Hypothek und Pfandrecht als wesensgleich ansehen.

kursordnung selbst erscheint dann alsbald als Regelung nur derjenigen Dinge, die eben abweichend vom bürgerlichen Rechte geordnet werden sollten. Insbesondere muß diese Bedeutung der KO. da von Wichtigkeit sein, wo es sich um die Wirkungen von Handlungen des Konkursverwalters handelt. Es ist grundsätzlich zu sagen, daß in diesem Punkte Abweichungen von den Regeln des BGB. nur dann gelten sollen, wenn sie sich aus der KO. zwingend ergeben. Ein solcher, eine ausdehnende Auslegung fordernder Fall, ist aber der des § 127, I KO. ganz sicher nicht. Dieser gibt in Satz 1 dem Konkursverwalter eine besondere Befugnis, nämlich zu einer ungewöhnlichen Verwertung der durch Absonderungsrechte belasteten Gegenstände. An die Ausübung dieser Berechtigung knüpft das Gesetz in Satz 2 die Folge, daß das Absonderungsrecht an dem veräußerten Gegenstande erlischt (wie beim Pfandverkauf, § 1242, II, 1 BGB.), daß aber der Pfandgläubiger ein Pfandrecht am Erlöse erhält. Das Gesetz macht also das Erlöschen des Pfandrechts an dem Pfandgegenstande selbst und den Eintritt des Erlöses in die Pfandhaftung von verschiedenen Voraussetzungen abhängig: nämlich, daß es sich um ein durch Rechtsgeschäft bestelltes Pfandrecht oder ein diesem gleichstehendes Recht an einer beweglichen Sache handelt, daß dieses „beansprucht" worden ist, daß der Konkursverwalter die Verwertung nicht dem Absonderungsberechtigten überläßt, sondern sie selbst vornimmt, und zwar, daß er sie nach Maßgabe der Vorschriften über die Zwangsvollstreckung oder über den Pfandverkauf betreibt. Hieraus ist m. E. unbedingt zu schließen, daß das Gesetz die Folge, nämlich den Eintritt des Erlöses in die Pfandhaftung, nur beim Zutreffen aller dieser Voraussetzungen zulassen will, den Eintritt dieser Folge also ablehnt, wenn eine der Voraussetzungen nicht gegeben ist. Aus § 127, I KO. ist somit m. E. zu entnehmen, daß eine

freihändige Verfügung des Konkursverwalters die im bürgerlichen Rechte allgemein bestimmten Folgen hat; daß daher eine solche Veräußerung, wenn der Erwerber das Pfandrecht kennt, das Pfandrecht nicht untergehen läßt, daß sie, wenn der Erwerber hinsichtlich des Pfandrechts beim Erwerbe im guten Glauben ist, das Pfandrecht nach § 936 BGB. untergehen läßt, dem Pfandgläubiger aber kein Pfandrecht am Erlöse verschafft. Es ergibt sich somit aufs deutlichste, daß § 127 KO. eine erweiterte Auslegung nicht zuläßt. Es ist daher weder denkbar, § 127 KO. auf andere als Pfandrechte und diesen gleichstehende Rechte anzuwenden, noch Verfügungen des Konkursverwalters, die nicht im Wege der Zwangsvollstreckung und des Pfandverkaufs erfolgen, als solche anzusehen, die den Voraussetzungen des § 127 KO. genügen. Es ist also auch auf diesem Wege nicht möglich, zu einer Haftung des Erlöses an Stelle der veräußerten Zubehörstücke zu gelangen.

§ 6.

c) Sind §§ 865, II, 1 und 805 ZPO. anwendbar?

I. Der bisherige Teil unserer Untersuchung hat uns gezeigt, daß ein Eintritt des Erlöses (z. B. der Kaufpreisforderung) für veräußertes Grundstückszubehör in die Hypothekenhaftung durch irgend einen „Grundsatz des dinglichen Eintritts" (der dinglichen Surrogation) sich nicht rechtfertigen läßt. Ein solcher Grundsatz besteht weder für das bürgerliche Recht (§ 4 der Untersuchung), noch auch im Konkursrecht für die Absonderungsrechte im besonderen (§ 5 d. Unt.). Wir wenden uns daher jetzt derjenigen Gruppe von Schriftstellern zu, die einen solchen Eintritt des Erlöses in die Hypothekenhaftung aus der besonderen Natur des Konkursrechtes entnehmen wollen. Hierbei sind wieder zwei Richtungen zu unter-

scheiden: die eine gründet ihre Folgerungen wesentlich darauf, daß sie den Konkurs als Zwangsvollstreckung i. e. S. in Anspruch nimmt (§ 6 d. Unt.), die andere leitet ähnliche Folgesätze aus der besonderen Stellung des Konkursverwalters ab (§ 7 d. Unt.).

II. Die erstere Richtung ist vor allem vom Reichsgericht bisher vertreten worden, wenngleich es neuerdings scheint, als ob dessen Rechtsprechung doch in andere Bahnen lenken wollte. Das Reichsgericht hat vor allem in RG. Bd. 42, S. 85 ff. seine Meinung ausgeführt, unter scharfer Betonung gerade des dinglichen Eintritts des Erlöses in die Haftung. Eine verwandte Richtung, die uns weiter unten (§ 11 d. Unt.) näher beschäftigen soll, sieht die Konkurseröffnung zwar auch als Zwangsvollstreckungshandlung an, folgert hieraus aber nur, daß in solchen Fällen stets eine ungerechtfertigte Bereicherung der Konkursmasse vorliegen müsse, nimmt also stets eine Forderung des Absonderungsberechtigten gegen die Masse an, dagegen keine dingliche Erstreckung der Hypothekenhaftung.[11]) An dieser Stelle berührt uns naturgemäß

[11]) Über die Literatur zu beiden Richtungen ist folgendes zu sagen: Das RG. hat m. W. zuerst in JW. 1886, S. 414 die Ansicht vertreten, daß der Konkurs der Zwangsvollstreckung gleich zu achten sei, hat sie dann in RG. Bd. 42, S. 89, Bd. 69, S. 85, JW. 1908, S. 561 bis 563 festgehalten. Ihm haben sich angeschlossen in der Rechtsprechung: OLG. Dresden Rspr. Bd. 4, S. 368; OLG. München in Seuff. A. Bd. 63, S. 342; OLG. Kiel in Seuff. A. Bd. 64, S. 485; letzteres geht so weit, dem § 865 ZPO. gegenüber § 127 KO. für unanwendbar zu erklären. Der gleichen Ansicht folgen in der Literatur Hellmann Lehrbuch S. 169, Anm. 4, S. 383 bis 385, wenn auch nicht unbedenklich; Hellmann, Enzyklopädie S. 1058 bis 1059, bes. Anm. 2; Kohler Lehrbuch S. 516; Kohler, Leitfaden S. 73, 74, aber im Gegensatz zu S. 244; v. d. Pfordten S. 16, Vorbem. III, 2; v. Wilmowski, S. 365, § 126, Bem. 5; Fischer-Schaefer S. 94, § 865, Bem. 5; vgl. jedoch Schaefer LZ. 1911, S. 7; Staudinger Bd. III, S. 731, § 1120,

nur die erstere, durch das Reichsgericht begründete Ansicht.[12])

III. Der Gedankengang ist hier kurz folgender: die Veräußerung von Gegenständen aus der Konkursmasse steht zwar nicht formell, aber materiell einer Zwangsvollstreckung gleich. Nun ist aber die Pfändung von Zubehör ausgeschlossen (bezw. hatte nach altem Recht, § 206 Pr. ZVG., der Realgläubiger ein Widerspruchsrecht); eine Veräußerung durch den Konkursverwalter hat daher dieselben Wirkungen wie die vollendete Zwangsvollstreckung in einen der Zwangsvollstreckung nicht unterworfenen Zubehörgegenstand. Diese Wirkungen sind aber zugunsten des in seinen besseren Rechten verletzten Hypothekengläubigers zum mindesten die gleichen, wie die

Bem. II B. 2b α; Potyka S. 156; Schneider in LZ. 1909, S. 427, 428; vgl. jedoch in Iherings Jhrb. Bd. 58, S. 185 ff.

Dagegen haben sich gegen diese Ansicht ausgesprochen zunächst das RG. selbst in JW. 1893. S. 160, 1896, S. 358; 1899, S. 305, 306. Auch ein Urteil jungen Datums in LZ. 1912, S. 697 scheint den Konkurs nicht mehr als Zwangsvollstreckung zu betrachten. Ferner OLG. Stettin in Rspr. Bd. 1. S. 375; OLG. Posen in Rspr. Bd. 9, S. 383, 384; OLG. Naumburg in Seuff. A. 59, S. 149; OLG. Breslau in dem durch das RG. aufgehobene Urteil in RG. Bd. 42, S. 86; RGR. Bd. I, S. 1045, § 1121, Bem. 1; Planck Bd. III, S. 550, § 1121, Bem. 2 a. E.; Jaeger Bd. II, S. 141, § 126, Bem. 2; Petersen-Kleinfeller S. 12, Einl. III, 4; S. 22, 23, § 3, Bem. 1; S. 38, 39, § 6, Bem. 1; Wolff KO. S. 324, § 126, Bem. 1; Wolff ZVG. S. 96, § 20, Bem. 6; Wolff LZ. 1911, S. 188, sehr entschieden; Willenbücher S. 190, § 117, Bem. 3; Schäfer, Seuff. Bl. Bd. 71, S. 209 bis 211; Schneider-Iherings Jhrb. Bd. 58, S. 185 ff; Harburger S. 88, § 117, Bem. 5 und besonders Schaefer LZ. 1911, S. 7, 8.

[12]) Hauptsächlich sind zu nennen: RG. Bd. 42, S. 89 und RG. Bd. 69, S. 93. Gleicher Ansicht OLG. Dresden, Rspr. Bd. 4, S. 368, 370; OLG. Kiel Seuff. A. Bd. 64, S. 485; v. Wilmowski S. 365, § 126, Bem. 5; Dernburg Bd. III, S. 757, Anm. 10; Reinhard S. 302, § 173, Bem. 1, 2, letztere beiden ohne nähere Gründe unter Berufung auf die Rechtsprechung.

einer nach § 865, II, 2 ZPO. erlaubten Zwangsvollstreckung. Da nun einer solchen Zwangsvollstreckung der Realgläubiger nach § 805, I ZPO. (= § 710 a. F.) nicht widersprechen kann, jedoch befugt bleibt, seine besseren Rechte auf den Erlös geltend zu machen, so muß gleiches auch gelten, wenn der Konkursverwalter Grundstückszubehör veräußert, das der Hypothek eines Gläubigers haftet.

IV. Dieser Ansicht kann ich in verschiedenen Beziehungen nicht beipflichten. Zunächst ist festzustellen, daß es für die Fragen, die uns hier berühren, nicht darauf ankommt, ob die Veräußerung von beweglichen Sachen durch den Konkursverwalter eine Zwangsvollstreckung schlechthin ist, bezw. einer solchen gleichsteht. Für uns kommt lediglich in Frage, ob eine solche Veräußerung eine durch Pfändung erfolgte Zwangsvollstreckung ist, bezw. einer solchen gleichsteht. Denn an den fraglichen Stellen des Gesetzes, nämlich §§ 865, II, 1 und 805, I ZPO. ist nur von der Pfändung, nicht von der Zwangsvollstreckung schlechthin, die Rede. Sollen also diese Paragraphen analog angewandt werden, so muß bewiesen werden, daß eine Veräußerung durch den Konkursverwalter einer solchen gleichsteht, die auf Grund einer Pfändung durch den Gerichtsvollzieher erfolgt. Die bestrittene Frage, ob der Konkurs eine Zwangsvollstreckung ist (bezw. einer solchen gleichsteht) oder nicht, kann daher unerörtert bleiben, sofern sich nur in der erwähnten Richtung eine sichere Entscheidung ergibt.

Für die Beurteilung dieser Frage ist es ohne Bedeutung, ob die Veräußerung durch den Konkursverwalter freihändig oder nach Maßgabe der Vorschriften über die Zwangsvollstreckung erfolgt ist; denn die Bestimmungen der §§ 865, II und 805, I ZPO. beziehen sich nicht auf den Vorgang der Veräußerung nach der Pfändung.

Vielmehr ist in ihnen nur von der Pfändung selbst die Rede, also von der Tatsache, die den Rechtsgrund für die nachfolgende Veräußerung bildet, indem sie den gepfändeten Gegenstand für den pfändenden Gläubiger in bestimmter Weise in Beschlag nimmt. Unsere Untersuchung hat sich daher im wesentlichen nur darauf zu richten, ob diejenige Tatsache, die dem Konkursverwalter seine Verfügungsfähigkeit verschafft, d. h. der Konkurs als solcher oder besser, die Konkurseröffnung, eine Pfändung bedeutet oder wenigstens einer solchen ihren materiellen Folgen nach gleichzuachten ist.

1. Unter Pfändung versteht unsere ZPO. ausschließlich den Vollstreckungsvorgang, der gemäß § 803 ZPO. die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen in das bewegliche Vermögen verwirklicht und hier die Pfandverstrickung bewirkt.[13])

Schon hieraus folgt, daß die Konkurseröffnung keine Pfändung ist. Es wird dies auch durchgehends in der Literatur und Rechtsprechung zugegeben.

2. Eine weitere Überlegung zeigt jedoch auch, daß die Konkurseröffnung ebensowenig einer Pfändung gleichstehen kann. Die Pfändung steht in der ZPO. im Gegensatz zu den verschiedenen Arten der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen; Mobiliar- und Immobiliarvollstreckung aber zusammengenommen stehen wiederum dem Konkurse gegenüber, sofern man diesem überhaupt Vollstreckungsnatur zubilligen will: denn erstere beiden erstrecken sich immer nur auf einzelne, bestimmte Einheiten, der Konkurs jedoch auf das gesamte Vermögen des Schuldners. Ist schon die Zwangsvollstreckung ins unbewegliche Vermögen umfangreicher als die ins bewegliche Vermögen, da sie nicht nur eine einheitliche Hauptsache erfaßt, sondern auch noch gewisse,

[13]) Gaupp-Stein Bd. II, S. 550, § 803, Bem. 2.

mit der Hauptsache eine Wirtschaftseinheit bildende Nebensachen, so übertrifft wieder der Konkurs die Immobiliarvollstreckung an Umfang um ein Beträchtliches. Sobald daher im Gesetze ein Unterschied zwischen Zwangsvollstreckung ins bewegliche und ins unbewegliche Vermögen gemacht wird, ist es unmöglich, den Konkurs und die Mobiliarvollstreckung zusammen der Immobiliarvollstreckung gegenüber zu stellen.

3. Einen solchen Unterschied macht aber gerade der uns berührende § 865, II ZPO., wenn er bestimmt, daß Gegenstände, die der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen unterliegen, nicht gepfändet werden können, soweit sie Zubehör sind. Gerade dieser besondere Satz zeigt uns, daß der Konkurs eher der Immobiliarvollstreckung gleichgestellt werden kann. Der Sinn der Bestimmung ist der, daß das Zubehör eines Grundstückes wegen seiner besonderen wirtschaftlichen Bedeutung für das Grundstück auch in besonderer Weise geschützt werden soll.[14]) Es soll nämlich ein persönlicher Gläubiger, der sich wegen einer Forderung im Wege der Zwangsvollstreckung befriedigt, verhindert sein, sich an das Zubehör allein zu halten. Denn bei einem solchen Gläubiger, zumal wenn er sonst keine Forderung an den Schuldner hat, wird man nicht voraussetzen können, daß er bei seiner Zwangsvollstreckung gerade Gegenstände pfänden läßt, die der Schuldner verhältnismäßig leicht entbehren kann. Vielmehr wird man annehmen können, daß er bestrebt ist, auf möglichst bequeme Weise zu seinem Gelde zu kommen, daß er sich daher ohne die Bestimmung des § 865, II, 1 ZPO. in vielen Fällen gerade an das meist leicht zugängliche Grundstückszubehör halten würde. Hieraus würde aber dem Schuldner in den meisten Fällen ein ganz unverhältnismäßiger Schaden

[14]) Hahn, Bd. VIII, S. 164, 165.

erwachsen, wenn er nämlich infolge der Pfändung nicht mehr imstande wäre, sein Grundstück nutzbringend zu bewirtschaften. Das Gesetz entzieht daher das Grundstückszubehör der Pfändung; nicht aber schützt es das Zubehör vor der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen; denn hier fehlen alle die Gründe, die dafür sprechen, die Pfändung für unzulässig zu erklären. Die Immobiliarvollstreckung ergreift das Grundstück mit allen dazugehörigen Zubehörstücken, Früchten usw. und mit allen darauf ruhenden Lasten als etwas Einheitliches. Der vollstreckende Gläubiger hat garnicht die rechtliche Möglichkeit, über das Zubehör etwa allein zu verfügen. Es besteht deshalb gar keine Gefahr, daß das Zubehör durch rücksichtslose Gläubiger in unwirtschaftlicher, das Grundstück in seinem Werte gefährdender Weise verwertet wird. Das Gesetz hat hieraus die selbstverständliche Folgerung gezogen, das Zubehör der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen nicht zu entziehen.

4. Das Gleiche muß aber auch für den Konkurs geschlossen werden. Zunächst schon würde sich bei gegenteiliger Auffassung der gewiß merkwürdige Zustand ergeben, daß der Konkurs zwar nach § 1 KO. das Grundstückszubehör mit umfaßte, daß aber jede Verfügung des Konkursverwalters darüber, sofern sie nicht nur als Ausfluß einer Verfügung über das Grundstück selbst erschiene, als unzulässige Pfändung verboten und unwirksam wäre. Ließe eine solche Regelung sich vielleicht rechtfertigen, wenn sie lediglich wirtschaftswidrige Verfügungen des Konkursverwalters träfe, so erscheint sie doch als völlig verfehlt, wenn man sich vergegenwärtigt, daß sie ordnungsmäßigen Verfügungen des Konkursverwalters ebenso entgegensteht, wie ordnungswidrigen; denn § 865, II, 1 ZPO. verhindert jegliche Pfändung von Zubehörstücken, nicht nur eine solche, die einer ordnungsmäßigen

Bewirtschaftung des Grundstücks zuwiderläuft. Es würde also der Konkursverwalter bei jeder auch ganz notwendigen, im Interesse einer ordnungsmäßigen Wirtschaft liegenden, Veräußerung von Zubehörstücken sich einer Rechtsverletzung schuldig machen. Da aber auch der Gemeinschuldner infolge der Konkurseröffnung nicht mehr verfügen kann, so gäbe es keine Person, die die rechtliche Befugnis hätte, eine ordnungsmäßige Verfügungshandlung vorzunehmen.[15])

Zeigt schon diese geradezu unmögliche Folgerung, die man aus einer Gleichstellung von Pfändung und Konkurseröffnung ziehen müßte, daß diese Gleichstellung nicht berechtigt ist, so ergibt sich dasselbe andererseits aus dem schon oben besprochenen Sinn und Zweck der Vorschrift des § 865, II ZPO. Auch beim Konkurse fehlen alle jene Gründe, die für ein Verbot der Pfändung sprechen: Es fehlt die Gefahr, der gegenüber der Schuldner durch eine so weitgehende Maßnahme geschützt werden soll, wie sie die Unpfändbarkeit des Grundstückszubehörs darstellt.

Im Gegensatz zur Pfändung bezweckt der Konkurs nicht, einem Gläubiger möglichst bequeme Befriedigung zu verschaffen. Vielmehr geht er darauf aus, alle Vermögensstücke des Gemeinschuldners zur anteiligen Befriedigung der Gläubiger heranzuziehen, auch die Grundstücke und damit auch das Grundstückszubehör. Die gesamte Konkursmasse gelangt in die Hand des Konkursverwalters, damit dieser sie so verwerte, daß sie für die Konkursgläubiger, deren Interessen er hauptsächlich wahrzunehmen

[15]) Mit Recht weist Schaefer in LZ. 1911, S. 8, 9 auf diese Folge einer Anwendung des § 865 ZPO. hin. Das RG. hat freilich diesen, m. E. zwingenden, Schluß nicht gezogen, vielmehr ordnungsmäßige Verfügungen des Konkursverwalters ohne nähere Begründung für vollwirksam erklärt.

hat, einen möglichst hohen Teilsatz der Befriedigung ergibt. Schon diesem Zwecke des Konkurses nach ist nicht anzunehmen, daß der Konkursverwalter das Grundstückszubehör ohne Rücksicht auf dessen wirtschaftliche Bedeutung angreifen wird; denn eine Wertverminderung des Grundstücks durch Zubehörverschleuderung würde die Konkursmasse und damit die Konkursgläubiger wirtschaftlich ebenso treffen wie vor Konkurseröffnung den Eigentümer. Dieser Satz erleidet nicht einmal dann eine Ausnahme, wenn das betreffende Grundstück mit Hypotheken überlastet ist; denn auch in diesem Falle würde eine Grundstücksentwertung durch Zubehörverschleuderung eine Erhöhung der gemäß § 64 KO. am Konkurse teilnehmenden Ausfallsforderungen zur Folge haben, also auch den Konkursgläubigern nachteilig sein. Wenn man nun selbst annimmt, daß ein Konkursverwalter einmal im Widerstreit mit den Pflichten seines Amtes an sich geneigt wäre, das Grundstückszubehör zu verschleudern, so wird er in diesen gewiß äußerst seltenen Fällen doch schon durch seine eigene Verantwortlichkeit gemäß § 82 KO. von derartigen Verfügungen abgehalten werden. Diese Sachlage zeigt uns, daß eine Gefahr der Zubehörverschleuderung, wie sie für das Pfändungsverbot des § 865, II, 1 ZPO. maßgebend war, im Falle des Konkurses nicht besteht. Es ist daher jedenfalls in Hinsicht auf § 865, II, 1 ZPO. Pfändung und Konkurseröffnung nicht gleichzustellen.

5. Aber ebenso wie aus § 865, II, 1 ZPO. ergibt sich auch schon aus § 805, I ZPO., daß die Konkurseröffnung einer Pfändung, die Veräußerung durch den Konkursverwalter der Versteigerung einer gepfändeten Sache durch den Gerichtsvollzieher nicht gleichstehen kann. § 805, I ZPO. sagt, daß ein Pfand- oder Vorzugsberechtigter, der sich nicht im Besitze der haftenden Sache

befindet, nicht berechtigt ist, einer Pfändung zu widersprechen (§ 771 ZPO.), jedoch seinen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse durch Klage geltend machen kann. Angenommen nun, die Gleichstellung von Pfändung und Konkurseröffnung wäre angängig, so würde sich aus § 805, I ZPO. folgender Rechtssatz ergeben: „Ein auf Grund eines Pfand- oder Vorzugsrechts Absonderungsberechtigter, der sich nicht im Besitze seines Absonderungsgegenstandes befindet, kann einer Veräußerung durch den Konkursverwalter nicht widersprechen; infolge dieser Veräußerung geht das Absonderungsrecht an dem Absonderungsgegenstande selbst unter, setzt sich aber an dem Erlöse fort." Ein solcher Satz verträgt sich aber nicht mit den Grundsätzen der KO., insbesondere nicht mit § 127 KO.; denn § 127 KO. gibt zwar dem Konkursverwalter ein ähnliches Veräußerungsrecht. Die Wirkung aber, daß das Pfandrecht an der Sache selbst erlischt, sich jedoch am Erlöse fortsetzt, legt § 127 KO. nur der Veräußerung des Konkursverwalters bei, die „nach Maßgabe der Vorschriften über die Zwangsvollstreckung oder über den Pfandverkauf" erfolgt. Dies zwingt uns zu dem Schlusse, daß eine freihändige Veräußerung des Konkursverwalters diesen Erfolg nicht hat, vielmehr entweder den Gegenstand mit der Belastung durch das Pfandrecht überträgt, oder das Pfandrecht nach § 936 BGB. erlöschen läßt, ohne daß der Erlös in die Pfandhaftung eintritt.[16]) Demgegenüber würde eine analoge Anwendung des § 805 ZPO. auch hier dem Konkursverwalter das Recht geben, eine Veräußerung vorzunehmen, kraft deren das Pfandrecht auf den Erlös übertragen würde. Es ergibt sich hieraus, daß § 805 ZPO. auch auf dem Wege der Analogie für uns nicht anwendbar ist.

[16]) Diese Frage beschäftigte uns schon oben unter § 5.

V. Haben wir somit gesehen, daß eine Veräußerung von Zubehörstücken durch den Konkursverwalter einer durch den Gerichtsvollzieher auf Grund einer Pfändung vorgenommenen Veräußerung nicht gleichzuachten ist, so folgt schon hieraus, daß sie nicht nach § 865, II, 1 ZPO. unzulässig und unwirksam, vielmehr vollkommen zulässig und wirksam ist. Es entfallen somit auch die Folgerungen, die man aus dem pfändungsgleichen Charakter des Konkurses hat ziehen wollen, daß nämlich der Erlös an Stelle der veräußerten Zubehörstücke in die Haftung für die Hypothek eintrete.

VI. Aber auch wenn die Konkurseröffnung einer Pfändung gleichzuachten wäre, so würde dies doch noch immer nicht genügen, um den Eintritt des Erlöses in die Pfandhaftung zu begründen.

Einmal scheint mir hier sehr bedenklich die Ansicht des Reichsgerichts, daß die Folgen einer unerlaubten Pfändung zugunsten des durch sie Betroffenen zum mindesten die Gleichen sein müßten wie die einer nach § 865, II, 2 ZPO. erlaubten Pfändung. Würde dieser Satz sich vielleicht rechtfertigen lassen bei bloßer Anwendung allgemeiner Grundsätze, so muß eine solche Folgerung doch höchst bedenklich sein, wo es sich, wie in unserem Falle, um die Übertragung einer ganz besonderen Ausnahmebestimmung handelt, wie § 805, I ZPO. sie darstellt. Man würde auf diese Weise zu einer ganz eigenartigen juristischen Konstruktion gelangen: Vernichtung eines vollwirksamen dinglichen Rechtes durch eine unerlaubte Verfügung, während zugleich das durch die unerlaubte Verfügung als Gegenwert wirksam Erlangte (!) ohne weiteres dem verletzten Rechte unterworfen würde. Es wäre dies eine Rechtsfolge, die in unserem ganzen Rechtsleben einzig dastehen würde: eine Rechtsverletzung hat in unserem gesamten sonstigen Rechte stets die Folge, einen

schuldrechtlichen Ersatz für das zerstörte Rechtsgut zu gewähren, während wir hier einen dinglichen Ersatz haben würden.

Zudem kann man sich kaum einen schrofferen Gegensatz denken, als den zwischen § 865, II, 1 und § 805 ZPO. Nach § 865, II, 1 ZPO. sind Zubehörstücke der Pfändung nicht unterworfen. Hieraus folgt unmittelbar, daß der Hypothekengläubiger einer Pfändung widersprechen kann und zwar auf Grund des § 766 ZPO.[17]) § 805 ZPO. aber setzt gerade eine Sachlage voraus, die es als billig erscheinen läßt, daß dem betreffenden Pfandgläubiger das Widerspruchsrecht versagt wird, setzt vor allem voraus, daß eine Pfändung sich rechtspolitisch rechtfertigen läßt. Schon hieraus folgt ganz zweifellos, daß § 805 ZPO. für den Fall einer Zubehörpfändung nicht anwendbar sein kann. Auch aus diesem Grunde würde daher eine Ersatzhaftung des Erlöses abzulehnen sein.

VII. Voraussetzung bei der unter VI abgelehnten Folgerung ist, daß man § 805, I ZPO. für gegeben ansieht, wenn eine nach § 865, II, 2 ZPO. statthafte Pfändung erfolgt ist. Das Reichsgericht ist denn auch durchaus dieser Ansicht, wenigstens in allen auf Zubehörveräußerung bezüglichen Entscheidungen, mit ihm ein beträchtlicher Teil von Schrifttum und Rechtsprechung. Ich glaube nicht, daß dies der Sinn des Gesetzes ist. § 805 ZPO. behandelt die Wirkung einer Pfändung auf ein schon bestehendes Pfand- oder Vorzugsrecht; § 865, II ZPO. die Wirkung der Pfändung auf ein bestehendes Hypothekenrecht, wobei verschiedenes gilt für die Pfändung von Zubehörstücken (Satz 1) und für die Pfändung von sonstigen der Hypothek unterliegenden

[17]) Dies ist allgemein anerkannt. Ob dem Hypothekengläubiger auch noch eine Klage auf Grund von § 771 ZPO. zusteht, ist bestritten und für unseren Fall gleichgültig.

beweglichen Gegenständen (Satz 2); § 15 KO. endlich enthält die Wirkung der Pfändung auf einen bestehenden Konkurs. Letzteres wird mit Rücksicht auf den klaren Wortlaut des Gesetzes natürlich nicht in Abrede gestellt. Dagegen macht die herrschende Lehre[17]) zwischen §§ 805 und 865 ZPO., zwischen Mobiliarpfandrecht und Hypothekenrecht keinen Unterschied. Sie sieht in § 865, II, 2 ZPO. nur die Bestimmung, daß „die Pfändung der hier erwähnten Gegenstände prozessualisch zulässig sei", lehrt aber weiter, daß diese prozessuale Zulässigkeit der Pfändung das materielle Recht der Realgläubiger nicht beeinträchtigen könne, daß diese vielmehr aus § 805 ZPO. einen Anspruch auf Vorausbefriedigung aus dem Versteigerungserlös hätten.

VIII. Ich glaube nicht, daß diese Auslegung der §§ 865, II, 2, 805 I ZPO. befriedigen kann, wie sich aus folgenden Erwägungen ergibt:

1. § 805 ZPO. bezieht sich nach seinem Wortlaut nur auf die Wirkung der Pfändung gegenüber einem bestehenden Pfand- oder Vorzugsrecht. Nun ist zwar richtig, daß zu den „Pfandrechten" im weiteren, geschichtlich begründeten Sinne auch die Hypothek gehört. Im Sinne und in der Sprache unserer Gesetze aber ist Pfandrecht nur das Pfandrecht an beweglichen Sachen[18]), und

[17]) RG. Bd. 42, S. 90; Bd. 69, S. 93; KG. Rsp. Bd. 15, S. 169; KG. LZ. 1911, S. 315 OLG. Kiel Seuff. A. Bd. 59, S. 296; OLG. Dresden, ZBlfG. Bd. 10, S. 738; Seuffert ZPO. Bd. II, S. 604, § 865, Bem. 2b; Gaupp-Stein Bd. II, S. 700, 701, § 865, Bem. IV, V; dagegen nachdrücklich: Kretzschmar Seufferts Bl. Bd. 76, S. 54; Staudinger Bd. III, S. 727, § 1120, Bem. II B 1 c; OLG. Dresden Rspr. Bd. 3, S. 180; wohl auch OLG. Dresden Rspr. Bd. 10, S. 122, 123.

[18]) Schon oben S. 13 ff. wurde betont, daß das Hypothekenrecht, auch soweit es sich auf bewegliche Sachen erstreckt, doch nie ein Pfandrecht ist. Auf diesem Unterschiede beruht die ganze, in dieser Untersuchung behandelte Streitfrage.

zwar sowohl das vertragliche Faustpfand als auch das gesetzliche Pfandrecht, z. B. Vermieterpfandrecht. Dagegen bezeichnet das Gesetz das Hypothekenrecht nie als Pfandrecht schlechthin. Ebensowenig fällt dieses unter den Begriff „Vorzugsrecht"; hierunter versteht das Gesetz Zurückbehaltungsrechte und ähnliche Rechte. § 805 ZPO. kann daher sicher nicht direkte Anwendung finden, um einen Anspruch auf eingezogene Mietszinsen oder eine eingezogene Versicherungsforderung zugunsten eines Realberechtigten zu begründen. Aus demselben Grunde könnte natürlich ebensowenig von einer direkten Anwendung des § 805 ZPO. im Falle der Zubehörveräußerung die Rede sein, auch wenn sonstige Bedenken nicht entgegenständen.

2. Ebenso ausgeschlossen ist es jedoch auch, den § 805 ZPO. analog anzuwenden. Dieser Paragraph ist gültig und auch vollkommen begründet für Pfandrechte an beweglichen Sachen: das Pfandrecht nimmt den Wert der Sache für sich in Anspruch, ohne daß es noch einer besonderen, der Beschlagnahme entsprechenden Tatsache bedürfte. Es ist von vornherein ein „vollkommenes" Recht. Es berechtigt sogar im allgemeinen zum Besitze und schließt damit jede weitere Pfändung aus, solange der Pfandgläubiger im Besitze ist. Nur für den Fall, daß der Pfandgläubiger den Besitz nicht hat, wird der Pfandgegenstand durch § 805 ZPO in jener eigenartigen Weise einer Pfändung zugänglich gemacht. § 805 ZPO. hat daher den Sinn, das Pfandrecht in seiner nach BGB. begründeten Wirkung in einer bestimmten Weise einzuschränken.

3. Einen solchen oder ähnlichen Sinn müßte also § 805 ZPO. auch für Grundpfandrechte haben, wenn eine analoge Anwendung auf diese wirklich gerechtfertigt wäre. Dagegen würde eine analoge Anwendung des

§ 805 ZPO. auf Hypothekenrechte tatsächlich nicht eine Einschränkung, sondern im Gegenteil eine bedeutende Erweiterung des Hypothekenrechtes bedeuten, und zwar eine Erweiterung, die dem Wesen des Hypothekenrechtes widersprechen würde. Das ergibt sich aus Folgendem: Das Hypothekenrecht vor der Beschlagnahme ist hinsichtlich der mithaftenden beweglichen Gegenstände kein „vollkommenes", sondern ein noch unvollkommenes Recht, das dem Anwartschaftsrecht nahe steht. Vollkommen wird das Hypothekenrecht erst mit dem Augenblick der Beschlagnahme: alle zu diesem Zeitpunkt mithaftenden Gegenstände werden durch sie dem Hypothekenrecht mit der gleichen Kraft verhaftet wie das Grundstück selbst. Vorher aber können die mithaftenden Gegenstände von der Haftung für die Hypothek frei werden. Wann dies der Fall ist, bestimmen die §§ 1123 bis 1130 BGB.[20]) Sind die Voraussetzungen eines dieser Paragraphen erfüllt, so scheidet der betreffende Gegenstand aus der Haftung aus, ohne daß zunächst etwas anderes an seine Stelle tritt. Der Umfang der für die Hypothek haftenden wirtschaftlichen Einheit wird wirklich hierdurch geringer. Diese Tatsache findet ihre Erklärung und ihren Ausgleich darin, daß auf der anderen Seite die wirtschaftliche Einheit im Werte wieder wächst, indem neue Mietzins-, Pachtzins-, Versicherungsforderungen usw. wieder in die Haftung für die Hypothek eintreten: der Verkehr bringt es eben mit sich, daß Grundstücke in ihrem Bestande einer ständigen Veränderung ausgesetzt sind. Es würde den Bedürfnissen des Verkehrs geradezu widersprechen, wollte man das Hypothekenrecht anders aufbauen.

In der älteren Literatur war dies anerkannt, die Hypothekenrechte hießen da „unvollkommene Pfandrechte".[21])

[20]) §§ 1121, 1122 BGB., die sich auf das Zubehör beziehen, müssen hier, wo es sich um § 865, II, 2 handelt, außer Betracht bleiben.

[21]) Wolff, Absonderungsrecht, S. 38 bis 41.

Auch in der neueren Literatur und Rechtsprechung ist die hier vertretene Ansicht unbestritten in Bezug auf rechtsgeschäftliche Verfügungen durch den Eigentümer. Es ist aber m. E. durch nichts gerechtfertigt, hier einen Unterschied zwischen rechtsgeschäftlicher und vollstreckungsmäßiger Verfügung (der ja die Verfügung des Konkursverwalters gleich geachtet wird!) zu machen. Die Einziehung einer Mietzinsforderung muß, auch wenn sie im Vollstreckungswege geschieht, die Wirkung des § 1124 BGB. haben.

Eine analoge Anwendung des § 805 ZPO., wie sie die herrschende Lehre anzunehmen geneigt ist, würde daher eine Ausdehnung der Hypothekenhaftung über ihre natürliche Grenze hinaus bedeuten. Es liegt also sicherlich kein Grund vor, § 805 ZPO. im Falle des § 865, II, 2 ZPO. analog anzuwenden. Aus der Natur des Hypothekenrechtes folgt, daß § 865, II, 2 ZPO. nicht nur die prozessuale, sondern vielmehr die materielle Zulässigkeit der Pfändung bedeutet; ein „materielles Recht der Hypothekengläubiger an den Mietzinsforderungen usw." gibt es nicht, sobald die Voraussetzungen der §§ 1123 bis 1130 vorliegen; ein solches entsteht erst durch die Beschlagnahme.

4. Gerade aber die Beschlagnahme würde, sofern § 805 ZPO. analog angewandt werden könnte, materiell vollkommen gleichgültig sein; denn nach der herrschenden Ansicht müßte der Hypothekengläubiger vor der Beschlagnahme freilich eine Pfändung zulassen, könnte aber, ohne selbst einen Finger gerührt zu haben, den Versteigerungserlös zur Vorausbefriedigung seiner Hypothekenforderung in Anspruch nehmen. Ja, hierdurch könnte er sogar einen materiellen Vorteil erlangen, da der Anspruch aus § 805 ZPO. auch dann gegeben ist, wenn die Forderung noch gar nicht fällig ist. Das Ergebnis würde also sein, daß der Hypothekengläubiger auf Grund einer erlaubten

Vollstreckungshandlung, die ein anderer vorgenommen hat, Befriedigung für seine Forderung erhalten könnte, zu einer Zeit, wo es ihm selbst einfach unmöglich ist, durch eine eigene Handlung dieses Ergebnis zu erzielen.[22]) Bessere Rechte gewährt ihm materiell die Beschlagnahme nach dieser Ansicht auch nicht, zumal diese stets Fälligkeit der Forderung voraussetzt. Der einzige Unterschied würde also sein, daß nach der Beschlagnahme der betreibende Hypothekengläubiger schon der Pfändung selbst widersprechen könnte.

5. Es sei hier weiter nur noch darauf verwiesen, daß die analoge Anwendung von § 805 ZPO. praktisch die bedenklichsten Folgen hat. Ein persönlicher Gläubiger, der gemäß § 865, II, 2 ZPO. z. B. Mietzinsforderungen pfänden lassen will, müßte in diesem Falle, um mit Sicherheit zu seinem Gelde zu kommen, einen Betrag pfänden lassen, der sowohl seine Forderung als alle dinglichen Belastungen des Grundstückes deckte, da er sonst Gefahr liefe, sich durch die Realberechtigten um den ganzen Ertrag der Pfändung gebracht zu sehen. Dies würde, da die Mieten im allgemeinen einen so hohen Betrag nicht erreichen dürften, dahin führen, daß wegen jeder kleinen Forderung ein vorsichtiger Gläubiger alsbald die Zwangsversteigerung des Grundstücks betriebe, ein gewiß unerwünschtes Ergebnis.

6. Bemerkenswert und ganz im Sinne der hier vertretenen Auffassung ist es, daß das Reichsgericht sowohl wie verschiedene Oberlandesgerichte in Fällen, wo der Konkursverwalter Mietzinsen oder Versicherungsforderungen eingezogen hatte, sich auf den Standpunkt

[22]) So mit Recht besonders Mettier S. 81: „Der zufällige Umstand, daß ein Drittgläubiger aus den Früchten Befriedigung sucht, kann für den Hypothekengläubiger doch gewiß nicht Veranlassung sein, sich vor der Zeit bezahlt zu machen".

gestellt haben, daß der Konkursverwalter hierzu ein „Recht" habe, und zwar ein materielles Recht und nicht nur eine prozessuale Befugnis. Sie haben es daher abgelehnt, den Hypothekengläubigern einen Anspruch gemäß § 805 ZPO. zuzuerkennen oder irgendwelche Maßregeln zum Schutze der Hypothekengläubiger zu treffen, obgleich nach der oben erörterten Lehre doch die Voraussetzungen für eine Anwendung des § 805 ZPO. gegeben gewesen wären.[23]) Somit ergibt sich zweifellos, daß § 865, II, 2 ZPO. nicht bloß eine „prozessuale Zulässigkeit" der Pfändung für Miet- und Pachtzinsen, Versicherungsforderungen usw. bestimmt, vielmehr auch materiell den persönlichen Gläubigern den Zugriff auf diese Gegenstände gestattet.

IX. Nach allem Vorstehenden gelangen wir zu dem Ergebnis, daß §§ 865, II, 1 und 805 ZPO. keine Anwendung finden können, wenn der Konkursverwalter Grundstückszubehör veräußert; ebensowenig §§ 865, II, 2 und 805 ZPO. bei Verfügungen über andere der Hypothek mithaftende Gegenstände; auch diese Paragraphen sind also nicht geeignet, eine Ersatzhaftung des Erlöses zu begründen.

§ 7.

d) Folgt ein dinglicher Eintritt des Erlöses in die Hypothekenhaftung aus der Rechtsstellung des Konkursverwalters?

I. Der letztbesprochenen Ansicht steht eine andere nahe, die zwar die durch den Konkursverwalter vorgenommenen Veräußerungen nicht als Zwangsvoll-

[23]) Vgl. RG. Bd. 23, S. 54; RG. Bd. 35, S. 118 bis 122; RG. Bd. 52, S. 141, 142; RG. Bd. 64, S. 31, 32; RG. in ZBlfG. Bd. 4, S. 91, 92; OLG. Dresden in Rspr. Bd. 4, S. 368 a. A.; gleicher Ansicht: v. Wilmowski S. 365, § 126, Bem. 5. Ja, das RG. hat in RG. Bd. 25, S. 21, 22 sogar im Falle der Zubehörver-

vollstreckungshandlungen betrachtet, die aber doch aus der Natur des Konkurses den Schluß glaubt ableiten zu können, daß, sofern der Konkursverwalter einen mit einem Absonderungsrechte belasteten Gegenstand veräußert, der Erlös an die Stelle der Sache tritt.[71]) Der Grundgedanke, von dem diese Ansicht ausgeht, ist der, daß der Konkurs zwar nicht in allen Beziehungen eine Zwangsvollstreckung ist, aber doch einer solchen so nahe steht, daß diese Wesensart dem ganzen Verfahren und den hierin handelnden Personen ihren Stempel aufdrückt. Der Gedankengang ist dabei im einzelnen folgender: Das Konkursverfahren ist ein zwangsweise eingeleitetes Verfahren, das unter staatlichem besonderen Rechtsschutz und unter besonderer Aufsicht des Staates sich abwickelt. Der eigenartige Grundsatz des Konkurses, daß die Konkurseröffnung eine Verfestigung des gesamten derzeitigen Schuldnervermögens enthält, andererseits aber auch dem einzelnen Gläubiger die Hände bindet, zeigt, daß es sich hier um ein besonders geartetes Befriedigungsverfahren handelt. Von diesem Gesichtspunkte aus wird nun auch die Stellung des Konkursverwalters betrachtet, und dieser erscheint daher nicht als eine Persönlichkeit, die im Interesse aller Beteiligten die Konkursmasse in möglichst ergiebiger Weise, wie vielleicht die besonderen Zufälle des täglichen Lebens es mit sich bringen, zu Gelde macht, sondern als ein in

äußerung unter der Herrschaft des Preuß. ZVG. § 206, der eine Pfändung von Zubehör zuließ, aber dem Hypothekengläubiger ein Widerspruchsrecht gab, entschieden, daß mangels Erhebung eines Widerspruchs der Hypothekenpläubiger kein Recht habe, den Erlös in Anspruch zu nehmen.

[71]) Wolff ZVG. S. 484, § 173, Bem. 1; Wolff, Absonderungsrecht, S. 183, 184; Seuffert, Geschichte und Dogmatik S. 157 bis 160; Endemann S. 374, freilich in auffallendem Gegensatz zu S. 367; Potyka S. 155, besonders Anm. 197; Oberneck Bd. II, S. 171; ebenso ausdrücklich auch in Ansehung der Zubehörstücke v. d. Pfordten S. 521, §§ 172 bis 174, Bem. II, 3.

seinen Befugnissen sehr eingeschränktes Organ zur Zwangsverwertung der Masse. Hieraus werden nun geradezu dinglich wirkende Beschränkungen des Konkursverwalters hergeleitet, die eben besonders eine Rolle spielen im Verhältnis zu den Absonderungsberechtigten, das uns gerade angeht. Eben an dieser Stelle zeigt es sich, daß diese Meinung das Entscheidende am Konkurse schon in der Konkurseröffnung erblickt, die nachfolgende Versilberung der Masse aber nicht als eine im freien Verkehr erfolgende Flüssigmachung, sondern nur als mechanische Durchführung der durch die Konkurseröffnung geschaffenen Sachlage ansieht. Vielleicht am deutlichsten findet sich dies bei Wolff[25]) ausgesprochen, der über die Wirkungen einer freihändigen Veräußerung seitens des Konkursverwalters auf die Absonderungsrechte sagt: „Soweit das Absonderungsrecht durch diese Veräußerung verloren geht oder auch nur beeinträchtigt wird, soweit tritt der Erlös an die Stelle des Absonderungsgegenstandes; denn der Zweck der Absonderung besteht in der abgesonderten Befriedigung aus dem Erlöse des verpflichteten Gegenstandes; ob dieser Erlös vom Verwalter oder vom Gläubiger erzielt ist, ist im Verhältnis zwischen dem Pfandgläubiger und dem Verwalter gleichgültig. — Bleibt das Absonderungsrecht aber bestehen, so tritt der Erlös insoweit an die Stelle des Pfandgegenstandes als der Gläubiger durch die Veräußerung benachteiligt ist".

II. Dennoch glaube ich, daß diese Auffassung nicht das Richtige trifft. Zwar ist es gewiß richtig, in dem Konkursverfahren ein ganz besonderes geartetes, der Zwangsvollstreckung zum mindesten sehr nahestehendes Verwertungs- und Verteilungsverfahren zu sehen. Unsere KO. selbst läßt hierüber keinen Zweifel. Aber trotzdem

[25]) Wolff, Absonderungsrecht, S. 183; ähnlich ZVG. S. 484, § 173, Bem. 1.

darf man diesem Wesen des Konkurses keinen allzu großen Einfluß zuschreiben.

Wo die Grenze für diesen Einfluß zu suchen ist, wird am deutlichsten, wenn wir einmal annehmen, der Konkurs sei ein Zwangsvollstreckungsverfahren. Zwar bin ich nicht der Meinung, daß er dies ist. Dagegen scheint mir vor allem zu sprechen, daß zum Antrag auf Eröffnung des Konkurses keine vollstreckbare Forderung erforderlich ist, daß die Forderungen der Gläubiger im Konkursverfahren überhaupt nur dann rechtskräftig festgestellt werden, wenn sie von Seiten des Konkursverwalters unbestritten sind, und daß der Schuldner selbst, also der, gegen den die „Vollstreckung" sich richtet, die Einleitung des Konkurses beantragen kann. Aber gerade zur Feststellung, wie weit die besondere Natur des Konkurses in ihren Wirkungen reicht, kommt es uns sehr zustatten, wenn wir einmal annehmen, diese besondere Natur sei wirkliche Vollstreckungsnatur. Der „Vollstreckungsschuldner" ist naturgemäß der Gemeinschuldner, gegen ihn richtet sich ja der Konkurs. Gegen ihn wirkt denn auch die „Zwangsvollstreckung" tatsächlich mit einer Wucht, die wir sonst in unserer Rechtsordnung nicht kennen: Nach § 6, I KO. verliert er die Befugnis, sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verwalten und darüber zu verfügen. Rechtshandlungen, die er nach Eröffnung des Verfahrens vornimmt, sind den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam (§ 7, I, 1 KO.). Eine noch weitergehende Wirkung einer Zwangsmaßregel gegen den davon Betroffenen ist kaum denkbar, sofern man von der Entmündigung absieht. Die Folge ist, daß der Gemeinschuldner für das ganze Konkursverfahren einfach ausgeschaltet ist, daß seine Handlungen als die einer rechtlich beteiligten Person nicht mehr in Frage kommen. Diese „Vollstreckungswirkung" dauert natürlich für die

ganze Zeit des Konkurses an. Andererseits aber können wir im weiteren Konkursverfahren, vor allem bei der Versilberung der Masse nirgends (von einzelnen im Gesetze besonders gemachten Ausnahmen abgesehen) wahrnehmen, daß den Handlungen des Konkursverwalters, der doch das „Vollstreckungsorgan" sein müßte, besondere „Vollstreckungswirkungen" beigelegt sind.

Daß diese Auffassung richtig ist, ergibt sich nicht aus der Natur des Konkurses, sondern aus den Bestimmungen des Gesetzes. Das Gesetz hätte es ja in der Hand gehabt, die besondere Art der Gläubigerbefriedigung, die das Konkursverfahren darstellt, auch auf einem besonderen, mehr formalistischen Wege zu erreichen, z. B. die Versilberung der Masse mehr in dem Sinne zu gestalten, in dem heute das Pfändungspfandrecht durch Pfandversteigerung, das durch Beschlagnahme erworbene Recht am Grundstücke durch Zwangsversteigerung in Geldwert umgesetzt wird. Das Gesetz hat diesen Weg jedoch nicht gewählt; es hat mit der Einsetzung des Konkursverwalters mit den ihm in der KO. beigelegten Pflichten zum Ausdruck gebracht, daß das weitere Verfahren nach der Konkurseröffnung, die Tätigkeit des Konkursverwalters, jedenfalls freies Verwaltungsverfahren und nicht Vollstreckungsverfahren ist. Der Beweis dieses Satzes wird uns nicht nur (negativ) zeigen, daß die Ansicht unrichtig ist, die aus dem Wesen des Konkurses eine dinglich wirkende Beschränkung der Verfügungsmacht des Konkursverwalters ableiten will, sondern wird uns weitergehend auch (positiv) den richtigen Gesichtspunkt liefern, aus dem wir die Veräußerungen von Grundstückszubehör durch den Konkursverwalter beurteilen müssen.

III. Für die Auffassung der Tätigkeit des Konkursverwalters als einer freien Verwaltungstätigkeit spricht zunächst der Wortlaut des Gesetzes, insbesondere des § 6, II KO., der sagt, daß das Verwaltungs- und Ver-

fügungsrecht hinsichtlich der Konkursmasse durch einen „Konkursverwalter" ausgeübt wird. Dieser Satz ist der einzige unter dem Titel „Allgemeine Bestimmungen", der die Verwaltungs- und Verfügungsmacht des Konkursverwalters behandelt. Aus ihm allein müssen wir also im wesentlichen die Stellung des Konkursverwalters ableiten können. Gewiß wird sie durch manche Bestimmungen des zweiten Buches beleuchtet, auch erweitert, Bestimmungen, auf die weiter unten noch eingegangen werden wird; aber für die grundsätzliche Beurteilung ist allein § 6, II KO. maßgebend. Übrigens ist dies wohl unbestritten.

Es ist bekannt, daß sich an § 6, II KO. eine große Streitfrage hinsichtlich der Stellung des Konkursverwalters angeknüpft hat, ob er Vertreter des Gemeinschuldners, der Gläubiger oder der Konkursmasse als einer selbständigen Vermögensmasse, oder ob er ein im öffentlichen Interesse bestelltes Organ sei. Ich selbst halte diese letztere Auffassung für richtig, wie sie das Reichsgericht [26]) aufgestellt hat, das im Konkursverwalter „ein im öffentlichen Interesse geschaffenes Organ für die Durchführung des Zweckes des Konkurses erblickt, das seine Legitimation zur Ausübung der ihm übertragenen Funktionen unmittelbar aus dem Gesetze entnimmt". Ich glaube, daß diese Auffassung den mannigfachen Rechten und Pflichten des Konkursverwalters am besten gerecht wird, da diese von einem einseitigen Vertretungsstandpunkt aus kaum sich erklären lassen dürften. Praktische Bedeutung für unsere Fragen hat die Entscheidung dieser Streitfrage jedoch nicht; denn die Punkte, die uns für unsere Beurteilung die wichtigsten sein müssen, werden durch den Streit nach der Vertreterstellung nicht berührt.

§ 6, II KO. bestimmt nur: „Das Verwaltungs- und Verfügungsrecht wird durch einen Konkursverwalter aus-

[26]) RG. Bd. 29, S. 36, 37. (RG. Bd. 66, S. 113, 114.)

geübt". Wir müssen uns fragen: was für ein Verwaltungs- und Verfügungsrecht, wessen Recht ist das, das der Konkursverwalter da ausübt? Und mit Rücksicht auf § 6, I KO. kann sich hieraus als Antwort nur ergeben, daß es das Verwaltungs- und Verfügungsrecht hinsichtlich der Konkursmasse ist, in dem Umfange und in der Art, wie es dem Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung zustand. M. a. W., § 6, II KO. bedeutet, daß eine Verfügung des Konkursverwalters einer solchen des Eigentümers vor der Konkurseröffnung in dinglicher Hinsicht vollkommen gleichgestellt ist. Wenn der Konkursverwalter eine Verfügung, sei es Veräußerung, sei es Belastung, hinsichtlich einer zur Konkursmasse gehörigen Sache trifft, so ist es so gut als ob der Eigentümer vor der Konkurseröffnung diese Verfügung getroffen hätte.

Schon hier sei betont, daß diese Feststellung noch keine Gleichstellung des Eigentümers und Konkursverwalters im Innenverhältnis, in schuldrechtlicher Beziehung, enthält. Inwieweit der Konkursverwalter *berechtigt* ist, seine Verfügungsmacht auszuüben, inwieweit der Zweck des Konkurses ihn hieran hindert, ist eine ganz andere Frage, die weiter unten behandelt ist. Die in der Literatur vielfach sich findenden Bemerkungen wie: „Der Konkursverwalter hat die Absonderungsrechte zu beachten", bedeuten daher eine Stellungnahme in einer ganz anderen Frage als der, die uns augenblicklich beschäftigt.

Was jedoch die dingliche Seite betrifft, so ist es m. E. unmöglich, gegenüber dem klaren Wortlaut des § 6, II KO. die Gleichstellung einer Verfügung des Eigentümers vor der Konkurseröffnung und einer solchen des Konkursverwalters nach dieser abzulehnen.[27]) Praktisch

[27]) Tatsächlich hat sich fast die gesamte Literatur für die im Text vertretene Ansicht ausgesprochen, so RG. Bd. 23, S. 54; OLG. Stettin in Rspr. Bd. 1, S. 375; OLG. Breslau in dem

wird diese Meinung denn auch kaum bestritten, und es ist nicht ersichtlich, worauf eine andere Ansicht gestützt werden könnte.

Dagegen läßt sich sehr vieles anführen, was für unsere Ansicht spricht. Einmal schon die prozessualen Befugnisse, die dem Konkursverwalter durch §§ 10 und 11 KO. verliehen sind, Rechtsstreitigkeiten des Gemeinschuldners aufzunehmen, weiter fast alle Vorschriften der §§ 117 ff. KO.; insbesondere muß uns zur Stütze dienen, daß der Konkursverwalter nicht nur alle laufenden Geschäfte abwickeln soll, daß er vielmehr auch, soweit es erforderlich ist, neue Verbindlichkeiten eingehen, ja, das Erwerbsgeschäft des Gemeinschuldners fortführen kann, wozu freilich im Innenverhältnis ein Beschluß der Gläubigerversammlung erfordert ist (§ 132 KO.). Alle diese Befugnisse würden in der Luft schweben, wenn die Verfügungsmacht des Konkursverwalters in dinglicher Beziehung irgendwie beschränkt sein würde.

Um die dinglichen Verfügungen des Konkursverwalters in ihrer Wirksamkeit zu beurteilen, müssen wir

durch das Reichsgericht erörterten Urteil RG. Bd. 42, S. 86 (das Reichsgericht selbst entscheidet hier insofern abweichend, als es die Verfügungen des Eigentümers und Konkursverwalters nur darin gleichstellt, daß beide die Wirkung haben, die Zubehörstücke usw. aus der Haftung zu lösen, in schuldrechtlicher Beziehung dagegen stellt es sie nicht gleich); RGR. Bd. I, S. 1045, § 1121, Bem. 1; Planck Bd. III, S. 550, § 1121, Bem. 2 a. E.; Fuchs S. 422, §§ 1123 bis 1125. Bem. B 4 a) aa); v. d. Pfordten S. 521, §§ 172 bis 174, Bem. II, 3; Wolff, KO. S. 42, § 4, Bem. 3, S. 117, Vorbem. 2c vor § 47; Wolff, ZWG. S. 484, 485, § 173, Bem. 1; Wolff, Absonderungsrecht S. 157 bis 160, 181; Fitting S. 232, 246, 277; Willenbücher S. 15, 16, § 4, Bem. 4a; Potyka S. 151; Schaefer, LZ. 1911, S. 8; Schneider Iherings Jhrb., Bd. 58, S. 184 bis 186; vgl. auch RG. Bd. 46, S. 165 bis 167, das den Konkursverwalter verpflichtet, eine testamentarisch angeordnete, aber im Grundbuche nicht eingetragene Nacherbschaft zu beachten.

also die allgemeinen Regeln des bürgerlichen Rechtes anwenden. Eine Ausnahme erleidet dieser Grundsatz nur, soweit die KO. selbst den Konkursverwalter mit besonderen dinglich wirkenden Befugnissen ausgestattet hat. Solche Ausnahmen waren nötig, um es dem Konkursverwalter zu ermöglichen, die ganze Konkursmasse in kürzester Zeit zu Gelde zu machen, auch dann, wenn der Gemeinschuldner sie so festgelegt hatte, daß ihm selbst eine Flüssigmachung unmöglich gewesen wäre. Als solche Ausnahmevorschriften kommen besonders §§ 126 und 127 KO. in Frage. Besonders deutlich zeigt § 127, daß hier die dingliche Rechtsstellung des Konkursverwalters eine andere ist, als es die des Eigentümers vor der Konkurseröffnung war. Denn während der Eigentümer nicht in der Lage ist, einen mit einem Pfandrecht belasteten Gegenstand so zu veräußern, daß das Pfandrecht daran erlischt, jedoch am Erlöse wieder auflebt, hat der Konkursverwalter diese Fähigkeit nach § 127 KO., wenn er die Veräußerung nach Maßgabe der Vorschriften über die Zwangsvollstreckung oder über den Pfandverkauf betreibt. Da diese Vorschriften also, wie schon oben betont, Sondervorschriften sind, die für einen bestimmten Fall Befugnisse verleihen, und zwar Befugnisse, für die sich sonst kaum irgendwo ein Gegenstück findet, so ergibt sich auch hier, daß diese Vorschriften nicht erweiternd ausgelegt werden dürfen.

Wenn wir nun von dem so gefundenen Gesichtspunkte aus die Ansicht betrachten, daß eine Verfügung des Konkursverwalters über einen mit einem Absonderungsrechte belasteten Gegenstand zwar wirksam ist, jedoch zur Folge hat, daß sich das Absonderungsrecht an dem Erlöse fortsetzt, so können wir sie in dieser Allgemeinheit nicht gelten lassen. Es gibt im bürgerlichen Rechte keinen Satz, der eine solche Surrogation für Veräußerungen

des Eigentümers einer Pfandsache anordnete; die Folgen einer solchen rechtswidrigen Veräußerung liegen vielmehr auf schuldrechtlichem Gebiete. Wir können einen solchen Satz also auch für den Konkurs nicht anerkennen. Sind die Voraussetzungen des § 127 KO. gegeben, so tritt freilich eine Ersatzhaftung ein, aber diese ergibt sich dann eben nicht aus dem Wesen des Konkurses, sondern aus der besonderen Vorschrift des § 127 KO.

Ich komme also zu dem Ergebnis, daß aus dem Wesen des Konkurses sich ebenfalls kein allgemeiner Satz ableiten läßt, der den Erlös an Stelle eines vom Konkursverwalter veräußerten Absonderungsgegenstandes haften ließe.

§ 8.

e) Das Ergebnis.

Unsere bisherige Untersuchung hat uns gezeigt, daß alle die Gründe nicht stichhaltig sind, mit denen man von verschiedenen Seiten aus versucht hat, einen dinglichen Eintritt des Erlöses für veräußerte Zubehörstücke*) in die Hypothekenhaftung zu rechtfertigen. Wir haben aber schon wiederholt den Grundsatz gestreift und im letzten Teile entscheidend verwandt, der es ermöglicht, nicht nur andere Ansichten zu entkräften, sondern darüber hinauszugehen, und in eigener Stellungnahme zu entscheiden, daß der Erlös überhaupt nicht in die Haftung für die Hypothek eintritt. Dieser Grundsatz ist der, daß eine Verfügung des Konkursverwalters in dinglicher Beziehung einer Verfügung des Eigentümers vor der Konkurseröffnung vollkommen gleichzustellen ist, sofern nicht die KO. selbst Ausnahmen bestimmt.

*) bezw. des Entgeltes für eine Verfügung über sonstige der Hypothek mithaftende Gegenstände.

Die Begründung dieses Satzes ist bereits oben gegeben. Es handelt sich hier nur darum, die Nutzanwendung auf unseren Fall zu ziehen. Daß die Sonderbestimmung von § 127 KO. bei der Frage der Zubehörveräußerung nicht anwendbar ist, wurde schon oben in § 5 der Untersuchung betont. Es kann sich also hier nur darum handeln, die Grundsätze des bürgerlichen Rechts anzuwenden. Für Zubehör insbesondere kommt § 1121, I BGB. in Betracht, der bestimmt, daß Zubehörstücke dann von der Haftung für die Hypothek frei werden, wenn sie veräußert und vom Grundstücke entfernt werden, bevor sie vom Gläubiger einer Beschlagnahme unterworfen worden sind. Diese Voraussetzungen sind nach unserer Annahme gegeben, da, wie oben § 3 ausgeführt, die Konkurseröffnung eine Beschlagnahme nicht enthält. Nach bürgerlichem Recht tritt der Erlös nicht an Stelle der veräußerten Zubehörstücke in die Haftung ein, da es einen allgemeinen Satz dieses Inhalts nicht gibt, die Bestimmungen des § 1121 BGB. aber auch durch keinen besonderen des Gesetzes in dieser Hinsicht eine Ergänzung erfahren. Wir kommen daher zu dem Ergebnis, daß der Erlös für das vom Konkursverwalter veräußerte Zubehör in die Hypothekenhaftung nicht eintritt[29]).

[29]) Gleicher Ansicht sind RG. Bd. 25, S. 19; RGR. Bd. I, S. 1045, § 1121. Bem. 1; Planck Bd. III, S. 550, § 1121, Bem. 2 a. E.; Biermann, Kommentar S. 317, § 1121, Bem. 2; Jaeger Bd. I, S. 67, 68, § 4, Bem. 5, Bd. II, S. 146, 147, § 126, Bem. 11; Hellmann, Lehrbuch S. 169, Anm. 4; Wolff ZVG. S. 484, § 173 Bem. 1; Wolff, Absonderungsrecht S. 184; Jaeckel-Güthe S. 658, § 173, Bem. 5; v. d. Pfordten S. 520, 521, §§ 172—174, Bem. II, 3; Fischer-Schaefer S. 529, § 173, Bem. 1 b.; Niedner S. 254, 255, § 173, Bem. 2; Harburger S. 66, § 59, Bem. 4; Schneider, Iherings Jhrb. Bd. 58, S. 185; Schaefer LZ. 1911, S. 11, 12; Schäfer Seuff. Bl. Bd. 71, S. 221; Potyka S. 154; hinsichtlich der Einziehung von Miet- oder Pachtzinsforderungen zustimmend v. Wilmowski S. 365, § 126, Bem. 5; RG. Bd. 23, S. 54; RG.

Ganz die entsprechende Entscheidung fällen wir auch bei Verfügungen über Zubehör, die nicht Veräußerung sind, und bei Verfügungen über andere der Hypothek mithaftende Gegenstände. An die Stelle des § 1121 treten als maßgebend hier natürlich die Bestimmungen der §§ 1122 bis 1130 BGB.

3. Was für schuldrechtliche Folgen hat die Veräußerung des Grundstückszubehörs?

§ 9.

a) Die Bedeutung der §§ 1121 ff. BGB. in schuldrechtlicher Beziehung.

I. Es ist bisher nur von der dinglichen, sachenrechtlichen Seite unserer Frage die Rede gewesen. Es muß jetzt aber auch noch untersucht werden, welche Bedeutung der Veräußerung des Grundstückszubehörs durch den Konkursverwalter in schuldrechtlicher Beziehung beizulegen ist.

Sehr häufig ist die Auffassung hervorgetreten, als ob die uns berührende Frage in schuldrechtlicher Beziehung eigentlich keine besonderen Zweifel aufkommen lassen könnte. Man hat nämlich die Ansicht vertreten, daß die §§ 1121—1130 BGB. dem Eigentümer eines Grundstücks die Berechtigung gäben, die dort näher bezeichneten Handlungen vorzunehmen[*]). Von diesem

Bd. 35, S. 118—122, ebenso das RG. als Berufungsgericht; RG. Bd. 52, S. 141, 142; RG. ZBlfG. Bd. 4, S. 91, 92; OLG. Stettin Rspr. Bd. 1, S. 375, und für Einziehung von Versicherungs-Forderungen RG. Bd. 64, S. 31. 32; dagegen in Hinsicht auf getrennte Bestandteile RG. in LZ. 1911, S. 315.

[*]) Besonders scharf wird diese Ansicht vertreten von Schaefer in LZ. 1911, S. 9 ff. Gleicher Ansicht: RG. Bd. 25, S. 19; RG. Bd. 42, S. 88, 89; in der Hauptsache auch RG. Bd. 69, S. 90; auch wohl OLG. Naumburg in Seuff A. Bd. 59, S. 148; OLG. Posen Rspr. Bd. 9, S. 383, 384. In Hinsicht auf Mietszinsen oder

Standpunkte aus ist dann die schuldrechtliche Frage gelöst, sobald man die §§ 1121—1130 BGB. auf den Konkursverwalter anwendet. Wie der Eigentümer, so ist in diesem Falle der Konkursverwalter berechtigt, die fraglichen Verfügungen vorzunehmen, die Frage nach ungerechtfertigter Bereicherung und nach Anwendung des § 823 BGB. bezw. § 82 KO. kann gar nicht auftauchen; die dinglich Berechtigten müssen sich bei der Verkürzung ihrer Rechte beruhigen.

II. Dieser Auffassung ist jedoch nicht beizustimmen. Daß die §§ 1121—1130 BGB. nur die dingliche Seite der fraglichen Verfügungen treffen, ergibt sich aus vielen Gründen und dies wird denn auch in der Literatur[31]) besonders aber von der überwiegenden Mehrheit in der Rechtsprechung[32]) anerkannt. Für diese Ansicht sprechen einmal die §§ 1133—1135 BGB.; denn wenn der Eigentümer wirklich gemäß §§ 1121—1130 BGB. berechtigt wäre, auf sein Grundstück in einer Weise einzuwirken, daß dadurch die Sicherheit der Hypothekengläubiger unter Umständen gefährdet werden könnte, so ist gar nicht einzusehen, wie das Gesetz dazu kommt, dem Hypotheken-

Versicherungs-Forderungen betonen das Recht des Eigentümers sowohl wie des Konkursverwalters RG. Bd. 23, S. 54; RG. Bd. 35, S. 118—122; RG. Bd. 52, S. 141, 142; RG. Bd. 64, S. 31, 32; RG. ZBlfG. Bd. 4, S. 91, 92; OLG. Stettin Rspr. Bd. 1, S. 375; OLG. Dresden Rspr. Bd. 4, S. 368.

[31]) So schon die Motive Bd. III, S. 671, 672 in sehr scharfer Weise; Staudinger Bd. III, S. 736, § 1121, Bem. V; Josef „R." 1905, S. 41, 42, der besonders betont, daß die Schadenersatzpflicht mit der Beschlagnahme nicht das mindeste zu tun hat. Josef LZ. 1911, S. 594; Fitting S. 14, sehr weitgehend, Fischer-Henle S. 740, § 1121, Bem. 4 mit Berufung auf § 771 ZPO.

[32]) RG. Bd. 42, S. 173, 174; RG. Bd. 73, S. 334, 335; RG. JW. 1907, S. 332; KG. und RG. in Gruchot Bd. 55, S. 666, 667; Bayr. ObLG. Seuff. Bl. Bd. 46, S. 233; OLG. München Seuff. A., Bd. 63, S. 343; OLG. Rostock Seuff. A., Bd. 65, S. 101.

gläubiger so weitgehend Mittel zu gewähren, mit denen er gegen ein solches berechtigtes Verhalten des Eigentümers vorgehen kann. Ganz besonders ist in dieser Hinsicht § 1134 BGB. zu beachten, der den Fall der erst drohenden Sicherheitsgefährdung betrifft. Hier kann der Gläubiger die dingliche Klage auf Unterlassung erheben. Sollte es ihm nun wirklich verwehrt sein, einen Anspruch auf Schadensersatz geltend zu machen, wenn er die betreffende Handlung, auf deren Unterlassen er nach § 1134 BGB. einen Anspruch hat, tatsächlich nicht verhindern kann, der Eigentümer sie vielmehr absichtlich doch vornimmt? Es ist vollkommen folgerichtig vom BGB., diesen Anspruch im Sachenrecht nicht zu erwähnen, da es sich hier um schuldrechtliche Klagen handelt und diese in den §§ 812 ff., 823 ff. BGB. abschließend geregelt sind, abgesehen natürlich von den besonderen vertragsmäßigen Klagen, die noch gegeben sein können, z. B. aus einem Garantievertrage. §§ 1134—1135 BGB. sind sachenrechtliche Klagen; sie ergeben sich aus dem Hypothekenrecht als solchem. Daß sie gegeben sind, zeigt nicht, wie man gelegentlich behauptet hat[33]), daß andere Rechtsbehelfe neben ihnen nicht gegeben sind, bedeutet vielmehr gerade eine Verstärkung der schuldrechtlichen Ansprüche; denn einmal sind hier dem Hypothekengläubiger ganz andere, dingliche Ansprüche gegeben, die also in ihrer Wirkung viel stärker sind als die schuldrechtlichen, dann aber sind auch diese Ansprüche der §§ 1133 - 1135 BGB. von einer Bereicherung sowohl als von einem Verschulden des Eigentümers nicht abhängig gemacht.

Weiter spricht für die vertretene Auffassung schon die Fassung von §§ 1121 1130 BGB.; alle diese §§ hüten sich wohl zu sagen: „Der Eigentümer ist berechtigt . . .“ oder auch nur „der Eigentümer kann . . .“.

[33]) Vgl. z. B. Jaeger Bd. II, S. 147, § 126. Bem. 11, Anm. a. E.

Sie alle vielmehr beschränken sich darauf zu sagen: „Die Haftung erlischt, wenn . . .“ oder ähnliches. Besonders auffallend ist diese Fassung in § 1125, wo die dingliche Wirkung der Einziehung des Miet- oder Pachtzinses der Befugnis des Mieters oder Pächters zur Aufrechnung gegenübergestellt ist. Diese Fassung zwingt geradezu zu einem Hinweis auf §§ 932, und besonders 936, I, 1 BGB. Ebensowenig wie man aus § 936 ein Recht des Eigentümers auf pfandfreie Veräußerung der pfandbelasteten Sache folgern darf, ebensowenig darf man m. E. aus § 1121, I BGB. auf ein Recht des Eigentümers auf Veräußerung der Zubehörstücke schließen. Der Unterschied ist eben nur, daß in § 936 guter Glaube des Erwerbers erfordert ist, in § 1121, I, BGB. nicht. Man kann also die Vorschrift des § 1121, I nicht zu den „Vorschriften zum Schutze des guten Glaubens“ zählen, wenngleich § 1121, II zeigt, daß sie ihm nahe steht. Daß es aber auch eine „Vorschrift zu Gunsten eines sicheren und ungehinderten Verkehrs“ ist, wie jene Vorschriften, wird man nicht ableugnen können[34]).

§ 10.

b) Ist § 46 KO. von Bedeutung?

I. Die schuldrechtlichen Beziehungen zwischen Konkursverwalter und Absonderungsberechtigten werden in ganz eigenartiger Weise beurteilt von einer Richtung, deren Hauptvertreter Jaeger in seinem Kommentar zur KO. ist. Jaeger will nämlich den § 46 KO. auf Absonderungsrechte anwenden und spricht daher dem Absonderungsberechtigten das Recht zu, zu verlangen, daß das Entgelt für veräußerte Absonderungsgegenstände zu seiner Be-

[34]) In gleichem Sinne OLG. München Seuff. A. Bd. 63, S. 343; Meiser Seuff. Bl. Bd. 75, S. 555; Wolff BGB. S. 186.

friedigung verwandt wird[35]). Allerdings will Jaeger für unseren besonderen Fall, die Verfügungen gemäß §§ 1126 bis 1130 BGB., § 46 KO. nicht anwenden, indem er sagt, daß es sich hier um eine „lastentilgende Verfügung kraft einer besonderen Befugnis des Belasteten" handele. Wir sahen oben (§ 9 der Untersuchung), daß die §§ 1121 bis 1130 BGB. eine solche Befugnis nicht gewähren, dieser Gesichtspunkt kann also nicht maßgebend sein[36]). Vielmehr glaube ich, daß die ganze Theorie von Jaeger sich nicht halten läßt. Sein Gedankengang ist folgender: § 43 KO. zeigt, daß nicht nur „Sachen", die dem Gemeinschuldner nicht gehören, aus der Konkursmasse ausgesondert werden können, sondern auch „sonstige Gegenstände", und zwar auf Grund dinglicher oder persönlicher Rechte nach Maßgabe des bürgerlichen Rechts. Nun ist anerkannt, daß z. B. ein beschränktes dingliches Recht, wie der Nießbrauch sehr wohl aus der Konkursmasse ausgesondert werden kann, ebenso z. B. eine Grunddienstbarkeit. Ebenso ist wohl im wesentlichen unbestritten, daß der Anspruch auf „Aussonderung eines Gegenstandes aus der Konkursmasse" nicht gerade ein Anspruch auf Herausgabe, auf Besitzüberlassung zu sein braucht. So sieht Jaeger, m. E. mit Recht, es als einen Absonderungsstreit an, wenn ein Nießbraucher, der im Besitze des Nießbrauchsgegenstandes ist, gegen den Konkursverwalter auf Anerkennung seines Nießbrauchs klagt.. Aus all diesem folgert nun

[35]) Jaeger Bd. I, S. 491—493, § 43, Bem. 11—13; Bd. I, S. 545, 546, § 46, Bem. 5. Ebenso wendet OLG. Köln in Puchelt Bd. 35, S. 73, § 46 KO. auf Absonderungsrechte direkt an, unter Berufung auf § 1227 BGB. Gegen eine solche Anwendung: Petersen-Kleinfeller 252, Vorbem. vor § 47; RG. Bd. 28, S. 149, 150 und RG. in Seuff. A. Bd. 39, S. 384.

[36]) In Wirklichkeit denkt Jaeger wohl unbewußt an den bekannten Gegensatz von „vollkommenen" und „unvollkommenen" Pfandrechten.

Jaeger, daß gar kein Grund vorliege, den Pfandrechten die Natur eines Aussonderungsrechtes zu bestreiten. Natürlich ist Gegenstand der Aussonderung in diesem Sinne nicht der pfandbelastete Gegenstand; denn dieser gehört ja dem Gemeinschuldner, unterliegt daher nach § 43 KO. gar nicht der Aussonderung; Gegenstand der Aussonderung ist vielmehr das bloße Pfandrecht, das Recht auf abgesonderte Befriedigung, wie auch ein bloßer Nießbrauch oder eine Dienstbarkeit Gegenstand der Aussonderung sein kann, obgleich der Gegenstand des Nießbrauchs, der Dienstbarkeit selbst, als dem Gemeinschuldner gehörig, einer Aussonderung gar nicht unterworfen ist. Ist aber das Absonderungsrecht auch zugleich ein Aussonderungsrecht, so muß auch § 46 KO. darauf Anwendung finden.

II. Ich glaube nicht, daß diese Ausführungen Jaegers dem Sinne des Gesetzes gerecht werden. Gewiß ist ihm darin beizustimmen, daß zwischen dem Eigentum und den im Umfange beschränkteren dinglichen Rechten nicht nur eine sehr nahe Verwandtschaft besteht, sondern daß sie in ihrem Grundgedanken, eben der Dinglichkeit, sogar wesensgleich sind. Aber hieraus können wir noch nicht ohne weiteres das Recht ableiten, Rechtssätze, die auf einige von ihnen passen, auch auf die übrigen zu übertragen. Nun ist aber gerade zwischen Pfand- und Hypothekenrecht auf der einen, und den übrigen dinglichen Rechten auf der anderen Seite ein großer Unterschied: „Grundsätzlich geht das Pfandrecht nur auf Besitz und Verwertung. Es ist nicht, wie sonst die Sachenrechte, auf die natürliche Brauchlichkeit der Sache, sondern auf ihren Geldwert gerichtet, — ein geldhungriges Recht.“ [37]) Der Pfandgläubiger steht aus diesem Grunde auch dem Konkurse ganz anders gegenüber als die übrigen dinglich Berechtigten.

[37]) Sohm, S. 443.

Die letzteren gehen darauf aus, ungeachtet der Konkurseröffnung ihr Recht weiter auszuüben, so der Nießbraucher durch weitere Fruchtziehung, der Wegeberechtigte dadurch, daß er weiter über das Grundstück geht. Der Pfandgläubiger dagegen will vermittelst seines Rechtes Geldwerte für seine Vorwegbefriedigung in Anspruch nehmen, ohne daß er an der ihm haftenden Sache selbst ein Interesse hat. Das Pfandrecht ist „kein Nutzungsrecht, sondern ein Verschaffungsrecht, den Berechtigten befriedigend nicht, wie sonst die Sachenrechte, durch sein Dasein, sondern erst durch seinen Untergang.“ [38])

Diesen Unterschied erkennt gerade die KO. an, indem sie zwischen Aussonderungs- und Absonderungsrechten unterscheidet. Freilich ist anzuerkennen, daß die Regelung, die den Absonderungsrechten zuteil geworden ist, in mancher Beziehung etwas knapp ist; z. B. vermissen wir eine Vorschrift, die uns sagt, wie eine Veräußerung, die der Konkursverwalter aus freier Hand vornimmt, auf ein Absonderungsrecht wirkt; wir sind daher darauf angewiesen, die Zweifelsfragen nach Maßgabe allgemeiner Rechtssätze und im Wege der Analogie zu beantworten. Aber gerade dadurch, daß das Gesetz in scharfem Unterschied dem 4. Titel „Aussonderung“ den 5. Titel „Absonderung“ gegenüberstellt, zeigt es, daß es diese beiden verwandten Gebiete einer grundsätzlich verschiedenen Beurteilung unterzieht. Dies ist der Grund, weshalb wir besonders vorsichtig sein müssen, ehe wir uns entschließen, eine für Aussonderungsrechte gegebene Bestimmung, sei es direkt, sei es im Wege der Analogie, auf die Absonderungsrechte anzuwenden.

Nun würde aber gerade eine Anwendung des § 46 KO. die verschiedensten Ergebnisse zeitigen, je nachdem es

[38]) Sohm, S. 443.

sich um Verletzung z. B. des Eigentums oder eines Pfandrechts handelt. Hat der Konkursverwalter durch eine Verfügung fremdes Eigentum zum Erlöschen gebracht, so verpflichtet ihn § 46 KO., dem Geschädigten die Forderung auf das Entgelt oder das schon erlangte Entgelt abzutreten, gibt dem Verletzten also einfach einen Anspruch auf das stellvertretende commodum. Es ist dies ein Interessenausgleich, der sich auch sonst allgemein findet (vgl. z. B. § 281, I BGB.). Bei einem Pfandrechte dagegen kann es sich nicht um einen so einfachen Ausgleich handeln, schon aus dem Grunde nicht, weil ja garnicht das Pfandrecht selbst als positive Größe „veräußert" worden ist, sondern weil der Gegenstand, der dem Pfandrecht haftet, veräußert und damit (sozusagen negativ) das Pfandrecht zum Erlöschen gebracht ist. Somit ist in dem Entgelt für den veräußerten Gegenstand gar kein Entgelt für das erloschene Pfandrecht als unterscheidbare Größe vorhanden. Man müßte schon sonst aus § 46 KO. die Verpflichtung des Konkursverwalters herauslesen, das gewonnene Entgelt wieder der Pfandhaftung zu unterwerfen. Schon aus diesem praktischen Grunde scheint es mir unmöglich zu sein, § 46 KO. auf Absonderungsrechte anzuwenden.

Dazu kommt, daß, wie die weitere Untersuchung zeigen wird, die vorhandenen Gesetzesbestimmungen vollkommen ausreichen, daß sie alle uns berührenden Fragen vollkommen und gerecht beantworten. Eine „Lücke" im Gesetz, die allein zur ausdehnenden Auslegung führt, liegt gar nicht vor, es besteht überhaupt kein Bedürfnis, § 46 KO. auf Absonderungsrechte anzuwenden.

Zu beachten ist weiter der schon oben (§ 5 der Untersuchung) behandelte Sinn der KO., nur das vom sonstigen Rechte Abweichende zu ordnen. Im BGB. nun kennen wir im wesentlichen als außervertragliche Ansprüche wegen

Interesseverletzungen nur die Ansprüche auf Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung und die auf Schadenersatz. Es ist nicht einzusehen, warum wir aus § 46 KO. etwas Drittes, das neu und zudem unklar wäre, ableiten sollten.

Nach alledem ist zu entscheiden, daß dem § 46 KO. für unsere Fragen keine Bedeutung zukommt.*)

§ 11.

c) Sind Verfügungen des Eigentümers und des Konkursverwalters auch schuldrechtlich gleichzustellen?

I. Da die §§ 1121 bis 1130 BGB. kein unbedingtes Recht des Eigentümers begründen, die dort bezeichneten Handlungen vorzunehmen, so bedarf es keiner Erörterung, daß sie ein solches Recht auch dem Konkursverwalter nicht verleihen. Denn es leuchtet ein, daß eine Rechtsregel, die dem durch keine Zwangsvollstreckung bedrohten Eigentümer eine völlige Freiheit in der Benutzung der ihm gegebenen Verfügungsmacht nicht gewährt, eine solche Freiheit dem Konkursverwalter, der schon durch den Konkurszweck, die Ausscheidung jeglichen Sondervorteils wie Sondernachteils, gebunden ist, ebenfalls versagen muß. Unsere nächste Aufgabe muß es daher sein, festzustellen, welche Schranken das Gesetz dem rechtlichen Dürfen des Konkursverwalters im allgemeinen setzt, um von dieser Grundlage aus in unserer besonderen Frage, wie weit er über hypothekenbelastetes Grundstückszubehör verfügen darf, zu einer klaren Stellungnahme zu gelangen.

*) Die Literatur über die Frage ist ziemlich spärlich; die im Text verfochtene Ansicht vertreten: Schäfer, Seuff. Bl. Bd. 71, S. 210; v. Wilmowski S. 366, 367, § 127, Bem. 1; RG. Bd. 58, S. 16; a. A. ist RG. Bd. 14, S. 2.

II. Den Ausgangspunkt unserer Überlegung muß auch hier die Verfügungsbefugnis des Eigentümers bilden. Denn welcher Ansicht man sich hinsichtlich der bekannten Streitfrage nach der Stellung des Konkursverwalters auch anschließen will, darum wird man nie herumkommen, daß die Handlungen des Konkursverwalters in engster Beziehung stehen zu den Handlungen des Eigentümers vor der Konkurseröffnung und nach Aufhebung des Konkursverfahrens; der Konkursverwalter muß ebenso mit der Sachlage rechnen, die durch die Handlungen des Eigentümers vor der Konkurseröffnung geschaffen ist, wie der Eigentümer nach Aufhebung des Konkurses die Handlungen des Konkursverwalters gegen sich gelten lassen muß. „Man mag das Konkursverfahren gestalten und die Stellung des Konkursverwalters konstruieren wie man will, ohne den Grundsatz ist nicht auszukommen, daß die Handlungen des Konkursverwalters für den Gemeinschuldner bindend sein müssen. In diesem Sinne kann auch nicht bestritten werden, daß der Konkursverwalter den Gemeinschuldner vertrete.“ [10]) Es haben also die Handlungen des Konkursverwalters dieselbe Wirkung für den Eigentümer, die seine eigenen Handlungen haben würden, wenn eben nicht der Konkurs ihm die Verfügungsmacht hinsichtlich der Konkursmasse entzogen hätte.[11]) Es ist so gut, als ob die Handlungen des Eigentümers vor und nach dem Konkurse und die Handlungen des Konkursverwalters während des Konkurses alle von einer und derselben Person vorgenommen wären. Diese Auffassung ergibt sich zwingend aus der KO., besonders aus § 6.

[10]) RG. Bd. 29, S. 30; vgl. dazu auch Schaefer LZ. 1911 S. 4.

[11]) Abgesehen natürlich von der Verpflichtungswirkung, die eine Handlung des Konkursverwalters für diesen persönlich haben kann, z. B. gemäß § 82 KO.

III. Aus dieser Auffassung kann aber für die Beurteilung der Frage, was für Verfügungen der Konkursverwalter vornehmen darf, keine andere Folgerung gezogen werden als die, daß im Grundsatz der Konkursverwalter rechtlich nicht mehr, aber auch nicht weniger, sondern grundsätzlich dasselbe wollen darf, dieselben Verfügungen treffen darf und nicht treffen darf wie der Eigentümer vor der Konkurseröffnung.

Gegen Verpflichtungen des Gemeinschuldners (in Betracht kommen hier natürlich nur solche vermögensrechtlichen Inhaltes) darf daher der Konkursverwalter ebensowenig verstoßen, wie der Eigentümer selbst vor der Konkurseröffnung es dürfte; solche Verpflichtungen belasten grundsätzlich auch die Konkursmasse in der Hand des Konkursverwalters. Hiermit ist freilich noch nicht gesagt, daß sie völlig und immer in natura befriedigt werden. Stets aber bleiben sie eine Belastung der Konkursmasse.[12]) Das zeigt sich auch bei Verpflichtungen, zu einem Unterlassen; auch solche müssen vom Konkursverwalter beachtet werden, was besonders bei gewerblichen, vertragsmäßigen Unterlassungspflichten von Wichtigkeit ist. Ja, auch Vertragsstrafen können noch nach der Konkurseröffnung verfallen, selbst dann, wenn die Vertragsverletzung nur eine unmittelbare Folge der Konkurseröffnung ist.[13]) Selbst wenn unsere KO. die Stellung des Konkursverwalters auch nicht so frei gestaltet hätte, wie sie es tatsächlich getan hat, so würde man doch wohl diesen Grundsatz festhalten müssen, sofern nicht das Gesetz selbst bestimmte Ausnahmen zulassen würde: Auch ein von dem Gesetz in engste Grenzen eingezwängter Konkursverwalter würde ebenso wie der Eigentümer verpflichtet sein, ein Pfand-

[12]) Vgl. z. B. Jaeger, Bd. I, S. 95, 96, § 6, Bem. 36.

[13]) RG. Bd. 26, S. 5.

recht zu achten, sofern nicht eben das Gesetz in einem besonderen Rechtssatze diese Verpflichtung aufhöbe.

Am deutlichsten zeigt sich diese grundsätzliche Gleichstellung wohl dann, wenn auf Beschluß der Gläubigerversammlung das Erwerbsgeschäft des Gemeinschuldners fortgesetzt wird. In diesem Falle wird das Erwerbsgeschäft vom Konkurse sozusagen überhaupt nicht berührt. Der Konkursverwalter oder der von ihm bevollmächtigte Prokurist handelt weiter genau in derselben Weise, wie der Eigentümer es vor der Konkurseröffnung tun durfte; auch gewagte Unternehmungen brauchen nicht zu unterbleiben; denn die Geschäftsführung ist vollkommen frei und kann alle Maßnahmen ergreifen, die ihr im Interesse des Geschäfts erforderlich zu sein scheinen.

IV. Es wurde schon oben betont, daß dieser Satz von der Gleichstellung des Eigentümers und des Konkursverwalters auch in schuldrechtlicher Beziehung nur ein Grundsatz, nur ein Ausgangspunkt ist. Der Grundsatz aber wird in vierfacher Beziehung durchbrochen. Zunächst durch besondere Bestimmungen der KO.; hierher gehören die §§ 120, 126, 127 KO., von denen die letzteren beiden sogar die dingliche Verfügungsmacht des Konkursverwalters erweitern. Diese Vorschriften kommen für uns nicht in Betracht, da keine von ihnen sich gerade auf Verfügungen über die der Hypothek mithaftenden Gegenstände bezieht. Die zweite, ebenfalls für uns unerhebliche Durchbrechung des Grundsatzes bedeuten diejenigen Befugnisse, dinglichen Rechte und Verpflichtungen, die als nur zu Gunsten und zu Lasten des Gemeinschuldners persönlich stehend angesehen werden und die daher für Rechte und Pflichten des Konkursverwalters außer Betracht bleiben müssen: so das Recht des Gemeinschuldners nach § 9 KO., vor Konkurseröffnung ihm angefallene Erbschaften und Vermächtnisse anzunehmen oder auszuschlagen,

die Verpflichtung des Gemeinschuldners, eine Ware nicht unter einem bestimmten Preise zu verkaufen.[44]) Eine weitere Ausnahme von unserem Grundsatze bedeuten die naturgemäß erforderlichen Bestimmungen über die Befugnisse des Konkursverwalters gegenüber dem Gemeinschuldner, wie §§ 121, I, 2, 123 KO. u. a.

Von Bedeutung für unsere Frage ist aber allein die vierte Durchbrechung des Satzes, die einzige, die über bloße Einzelbestimmungen hinausgeht, und das sind die Beschränkungen, die die Verfügungsfreiheit des Konkursverwalters durch den Konkurszweck erleidet.[45])

V. Man hat m. E. dem Konkurszweck vielfach eine übertriebene Bedeutung beigelegt, so, wenn man, wie oben erörtert,[46]) aus dem Wesen des Konkurses, d. h. hauptsächlich aus dem Konkurszwecke, die Folgerung ziehen wollte, daß der Erlös für veräußerte Zubehörstücke auch vor der Beschlagnahme den hypothekarisch Berechtigten dinglich haftet. Auch in schuldrechtlicher Beziehung kann seine Bedeutung nur beschränkt sein; denn das Konkursverfahren ist ein Verfahren, das seinen Zweck, d. h. die Befriedigung der Konkursgläubiger, nicht im Wege der Durchbrechung der sonst bestehenden Rechtssätze sucht, sondern gerade im Wege sorgfältigster Beachtung aller Rechtsregeln. Gerade das scheint mir die hervorstechendste

[44]) RG. Bd. 35, S. 28 bis 31 gegen das KG.; diese Entscheidung dürfte aber sich nur auf den Fall beziehen, daß das Erwerbsgeschäft geschlossen wird; wird es fortgeführt, so ist die Preisbeschränkung kaum mehr als eine nur persönliche Belastung anzusehen. Ähnlich RG. Bd. 26, S. 5: das Reichsgericht sieht hier die Verpflichtung, einen Bau bis zu einem bestimmten Termin fertigzustellen, nicht als nur persönliche Verpflichtung an, läßt eine bedungene Vertragsstrafe daher auch noch nach Konkurs-Eröffnung verfallen.

[45]) Z. B. Jaeger, Bd. I, S. 97, § 6, Bem. 41.

[46]) Siehe oben § 7 der Untersuchung.

Eigenschaft des Konkursverfahrens zu sein, daß es der Billigkeit einen so hohen Platz einräumt. Sein Zweck ist es gerade, die Willkür und Rücksichtslosigkeit der Einzelvollstreckung auszuschließen und sie durch ein in einer Hand fest geordnetes Verfahren zu ersetzen, das die Hoffnung bietet, durch planmäßiges Benutzen aller sich bietenden Möglichkeiten den Gläubigern schließlich doch noch ein größeres Maß von Deckung zu bieten, als es bei der Willkür der Sondervollstreckung im Durchschnitte möglich wäre. Gerade mit dieser Eigenschaft des Konkurses wäre es völlig unverträglich, wenn dasselbe Verfahren, das zwischen den Konkursgläubigern die Billigkeit zur Geltung bringen soll, so unbillig wäre, Rechte Dritter in einer Weise zu mißachten, die auch dem Eigentümer vor der Konkurseröffnung nicht erlaubt war. Andererseits aber wäre es unbillig, von den sowieso schon schwer geschädigten Konkursgläubigern zu verlangen, daß sie anderen Berechtigten eine größere Deckung zukommen lassen müßten, als ein billig denkender Eigentümer vor der Konkurseröffnung es getan haben würde.

Die Beschränkungen, die infolge des Konkurszweckes dem Konkursverwalter in schuldrechtlicher Beziehung auferlegt sind, gehen aber nur darauf, daß er alle Handlungen zu unterlassen hat, die die Rechte der Konkursgläubiger schmälern können. Ausgenommen sind natürlich hiervon die Fälle, in denen die schädigende Handlung vorgenommen wird zur Erfüllung einer Pflicht, die auch schon dem jetzigen Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung oblag. Das bedeutet: Zwar darf der Eigentümer über sein ganzes Vermögen grundsätzlich in jeder ihm beliebenden Weise verfügen, soweit nicht Rechte, z. B. Pfandrechte Dritter entgegen stehen. Er mag ihm gehörige Sachen verschenken sowohl wie zerstören oder sonst in unwirtschaftlicher Weise benutzen; dieses Recht hat der

Konkursverwalter nicht, es wird ihm durch den Konkurszweck versagt. Denn dieses Recht würde dem Zwecke des Konkurses, den Konkursgläubigern eine möglichst weitgehende Deckung zu sichern, zuwiderlaufen. Pflichten, die dem Gemeinschuldner oblagen, und seien es auch nur Anstandspflichten, hat der Konkursverwalter dagegen zu erfüllen. So ist er nicht nur berechtigt, sondern wohl auch verpflichtet, Anstandsschenkungen aus der Masse vorzunehmen. [17]) Die Konkursgläubiger haben nach Billigkeitsgrundsätzen eben kein Recht, im Konkurse Gegenstände in Anspruch zu nehmen, die außerhalb des Konkurses ein billig handelnder Schuldner zur Befriedigung anderer Berechtigter verwenden müßte. Wir kommen mithin zu folgendem Ergebnis: Der Konkursverwalter ist berechtigt und verpflichtet, Verfügungen vorzunehmen, zu deren Vornahme der Eigentümer durch Recht oder Billigkeit, rechtlich oder sittlich verpflichtet war. Ob er diejenigen Verfügungen vornehmen darf, die von der Willkür des Eigentümers abhingen, bestimmt sich dagegen danach, ob eine solche Verfügung dem Konkurszweck, d. h. dem Interesse der Konkursgläubiger gerecht wird. Gleiches wie von den Handlungen muß natürlich auch von den Unterlassungen des Konkursverwalters in sinngemäßer Übertragung gelten: Auch zu Unterlassungen ist er nur dann verpflichtet, wenn der Eigentümer dazu verpflichtet war, hiervon abgesehen nur dann berechtigt, wenn das Interesse der Konkursgläubiger nicht dadurch beeinträchtigt wird.

VI. Diese Auffassung von den Pflichten des Konkursverwalters verträgt sich m. E. mit allen Theorien, die man aufgestellt hat, um seine Stellung zu erklären. Denn die Pflichten, die ihm nach der in dieser Arbeit

[17]) Vgl. z. B. Jaeger, Bd. II, S. 169, 170, § 133, Bem. 2, wo er besonders Trinkgelder, Festgeschenke an das Personal erwähnt.

vertretenen Ansicht obliegen, sind keine solchen, die sich aus einem Vertragsverhältnisse ergeben, oder aus einer Rechtsstellung, die den Konkursverwalter zur Wahrnehmung der Interessen bestimmter Personen — des Gemeinschuldners, der Konkursgläubiger usw. — verpflichtete. Es sind vielmehr Pflichten, die sich einfach aus dem Zusammenleben der Gesellschaft ergeben: es ist die Pflicht des Einzelnen, wohlerworbene Rechte Dritter nicht zu verletzen.[48])

VII. Aus dem Gesagten ergibt sich gleichzeitig, daß der Konkursverwalter nicht berechtigt, geschweige denn verpflichtet ist, Gläubiger, die nicht am Konkurse teilnehmen, in einer Weise zu befriedigen, die über das Maß dessen hinausgeht, was der Gemeinschuldner zu leisten rechtlich oder sittlich verpflichtet ist. Eine solche Befriedigung würde dem Zwecke des Konkurses widersprechen, ein Konkursverwalter, der so handelte, würde sich daher gemäß § 82 KO. den Konkursgläubigern verantwortlich machen.

Von diesem Standpunkte aus folgt zwingend, daß es nicht zutreffend ist, daß „die Möglichkeit einer Entziehung — nämlich des Rechtes am Grundstückszubehör — durch den Gemeinschuldner infolge des Überganges des Verwaltungs- und Verfügungsrechtes auf den Konkursverwalter abgeschnitten wird, während sich dieser vermöge des Zweckes des Verfahrens und des Umfanges seiner Aufgaben und Rechte an Maßnahmen der in § 1121 BGB. bezeichneten Art verhindert sieht.“ [49])

Es sind, wie oben schon angedeutet worden, sehr vielfach die Literatur wie die Rechtsprechung zu dem Ergebnisse gekommen, daß jede Veräußerung von Grund-

[48]) Dies betont Kohler, Leitfaden S. 214.

[49]) OLG. Dresden Rspr. Bd. 4, S. 370.

stückszubehör mit Rücksicht auf das Wesen des Konkurses, insbesondere mit Rücksicht auf die ihm beigelegte Zwangsvollstreckungsnatur, die Konkursmasse unberechtigt bereichere oder gar bei vorsätzlichem Handeln des Konkursverwalters diesen zum Schadenersatz verpflichte.[50]) Die Ausführungen weiter oben (§§ 6 und 7 der Untersuchung) zeigen, daß diese Ansicht nicht richtig ist. Es gibt in dieser Beziehung keine Regel, die eine Verfügung des Konkursverwalters stets als unrechtmäßig erscheinen ließe, so wenig, wie es die entgegengesetzte gibt, daß der Konkursverwalter zur Verfügung über Grundstückszubehör stets berechtigt sei.[51]) Der richtige Weg liegt in der Mitte: eine solche Verfügung kann berechtigt, sie kann auch unberechtigt sein. Zu erkennen, wann sie berechtigt, wann unberechtigt ist, muß unsere nächste Aufgabe sein.

[50]) Es ist hierzu im allgemeinen auf die in §§ 6 und 7 angegebene Literatur zu verweisen, da in fast allen Fällen nicht genügend zwischen dinglicher Ersatzhaftung des Erlöses und schuldrechtlicher Verpflichtung der Masse aus ungerechtfertigter Bereicherung unterschieden ist; vgl. insbesondere RG. Bd. 69, S. 89; RG. LZ. 1912, S. 697; OLG. München Seuff. A. Bd. 63, S. 343; OLG. Dresden, Rspr. Bd. 4, S. 369; OLG. Köln, Puchelt Bd. 35, S. 73; Josef in LZ. 1909, S. 524 bis 526 im Gegensatz zu Lz. 1911, S. 593 bis 598, wo er im wesentlichen die in dieser Arbeit vertretenen Sätze verficht; v. d. Pfordten S. 521, §§ 172 bis 174, Bem. II, 3.

Dagegen vertreten die Gleichstellung von Eigentümer und Konkursverwalter auch in schuldrechtlicher Beziehung ausdrücklich Wolff Absonderungsrecht S. 181, 157 bis 162; Wolff ZWG. S. 484 bis 485, § 173, Bem. 1; Sarwey S. 60, § 4, Bem. II, 2; Potyka S. 151, 152; Schaefer LZ. 1911, S. 5, 12, 13; OLG. Stettin Rspr. Bd. 1, S. 375, gelegentlich der Einziehung von Versicherungsforderungen auch RG. Bd. 64, S. 32; zweifelnd: RG. Bd. 23, S. 54.

[51]) So z. B Jaeger Bd. I, S. 68, § 4, Bem. 5.

§ 12.

d) Die Pflichten des Eigentümers gegenüber dem Hypothekengläubiger.

I. Wir sahen oben, daß die Befugnisse des Konkursverwalters sich im Grundsatze nach denen des Eigentümers richten. Um also beurteilen zu können, ob der Konkursverwalter pflichtgemäß handelt, wenn er über Gegenstände verfügt, die der Hypothek mithaften, müssen wir uns vor allem über die Pflichten des Eigentümers gegenüber dem Hypothekengläubiger klar werden. Über diese sagt das Gesetz selbst nichts. Wir müssen daher einerseits aus dem Wesen des Hypothekenrechtes, andererseits aus dem Grundsatze von „Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte" unsere Schlüsse auf die Pflichten des Eigentümers ziehen.

II. Das Hypothekenrecht ist ein Recht, das seinen eigentlichen Gegenstand, das Grundstück, nicht weniger kräftig festhält, als das Faustpfandrecht die bewegliche Sache, auf die es sich bezieht. Ja, im Gegenteil möchte ich sagen, daß dem öffentlichen Glauben des Grundbuches zufolge die Hypothek das Grundstück sogar stärker erfaßt, als das Faustpfandrecht die bewegliche Sache. Hinsichtlich des Grundstücks selbst ist es dem Eigentümer nicht möglich, das Hypothekenrecht durch Veräußerungen zu beschränken. Auch wenn von einem Grundstück nur ein Teil veräußert wird, bleibt die Hypothek an dem neu entstehenden Grundstück als Gesamthypothek haften. Einer tatsächlichen Beeinträchtigung durch den Eigentümer ist freilich das Hypothekenrecht ebenso ausgesetzt wie das Faustpfandrecht, da der Eigentümer ja die Möglichkeit hat, das Grundstück wie die Pfandsache durch unsachgemäße Behandlung zu entwerten. Diese Gefahr ist sogar beim Grundstücke noch größer, da der Eigentümer das Grundstück ja regelmäßig im Besitze hat, das Faustpfand in der Regel nicht.

III. Zu dem Kernstück der Hypothekenhaftung, dem räumlich abgegrenzten Stück Grund und Boden, kommt nun aber noch als weiterer Haftungsgegenstand alles das, was mit dem Grundstück eine wirtschaftliche Einheit bildet, also Zubehör, getrennte Bestandteile, weiter nach dem bürgerlichen Recht noch Miet- und Pachtzinsen, Versicherungsforderungen usw. Allen diesen Gegenständen ist eigentümlich, daß ihre Anzahl und Menge sowohl als ihr Wert im ordentlichen Wirtschaftsbetriebe sich ständig verändert, wenngleich meistens ein bestimmtes Maß von Nebensachen als regelmäßige Ergänzung des Grundstückes anzusehen sein wird. Es leuchtet ein, daß es eine unerträgliche Belastung des ordnungsmäßigen Verkehrs, ein wirkliches Verkehrshindernis, sein würde, wenn alle die Nebensachen, die im Laufe der Jahre einmal so zum Grundstücke gehört haben, daß die Hypothek sie mit umfaßte, nun immer weiter dieser Haftung unterworfen sein sollten. Dieser Gedanke hat dazu geführt, daß man die Nebensachen unter bestimmten Umständen von der Haftung für die Hypothek frei werden ließ. Wie die Entstehungsgeschichte der §§ 1121—1130*) deutlich zeigt, ist hierbei der eigentliche Gedanke der gewesen, daß alle Verfügungen, wie sie die ordnungsmäßige Bewirtschaftung eines Grundstückes mit sich bringt, dem Eigentümer erlaubt sein und demgemäß die Wirkung haben sollten, die fraglichen Gegenstände von der dinglichen Haftung freizumachen. Nur im Interesse der Verkehrssicherheit ist man auf der dinglichen Seite weitergegangen und hat das Erlöschen der Haftung für die Hypothek zum Teil auch dann eintreten lassen, wenn die fragliche Verfügung den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft nicht entspricht. Der

*) Vergl. insbesondere hinsichtlich §§ 1121 und 1122 BGB. (= § 1068 des Entwurfes) Motive Bd. III, S. 661; Prot. Bd. III, S. 556—560; Bd. VI, S. 247—249.

hauptsächlich hier wirkende Gedanke ist der, daß der Dritte, dem gegenüber der Eigentümer verfügt, nicht stets in der Lage ist, nachzuprüfen, ob die Verfügung des Eigentümers einer ordnungsmäßigen Bewirtschaftung des Grundstücks entspricht. Er soll sich daher an bestimmte gesetzlich festgelegte Merkmale halten können. So kann sich ein Dritter, dem eine Mietzinsforderung für das laufende und das folgende Kalendervierteljahr abgetreten wird, nach § 1124, I BGB. darauf verlassen, daß eine nach der Abtretung erfolgende Beschlagnahme sein Recht nicht beeinträchtigen kann, ohne daß er erst zu prüfen brauchte, ob die Abtretung mit den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft vereinbar ist.

IV. Hiernach ist klar, daß die §§ 1121—1130 BGB. zwar, wie schon oben unter § 9 der Untersuchung ausgeführt, nur die dingliche Seite regeln, jedoch auch Aufschluß über die obligatorischen Verhältnisse geben. Als Beispiel sei in dieser Beziehung besonders § 1122 BGB. genannt. Dieser § gibt der wirtschaftsgemäßen Verfügung sogar eine erhöhte dingliche Wirkung. Wir können daraus mit Sicherheit den Grundsatz entnehmen, daß eine wirtschaftsgemäße, d. h. vom Standpunkte des Grundstücks[53]) aus wirtschaftsgemäße Verfügung stets erlaubt ist[54]).

Dieser Satz allein kann uns aber keinesfalls genügen. Nach ihm würde der Eigentümer eines Millionengrundstückes durch eine Hypothek von 5000 oder 10000 M. noch immer verhindert sein, sein Grundstück in einer ihm zusagenden, aber den Wert mindernden Weise zu benutzen. Dabei könnte es doch dem Hypothekengläubiger

[53]) nicht etwa vom Standpunkte des Eigentümers!

[54]) So auch hinsichtlich der Verfügung des Konkursverwalters RGR. Bd. I, S. 1045, § 1121, Bem. 1; ebenso, wenn auch von seinem Standpunkte aus kaum folgerichtig, RG. Bd. 69, S. 93.

völlig gleichgültig sein, ob das Grundstück nun wirklich im Werte auf 900 000 oder selbst 500 000 M. sinkt. Wir müssen uns also nach einem weiteren Maßstab für die Rechtmäßigkeit der Handlungen umsehen, und dieser ergibt sich uns aus dem allgemeinen Grundsatze von Treu und Glauben.

Es ist m. E. nicht möglich, die Hypothek als bloßes dingliches Haftungsverhältnis ohne irgendwelche Beziehungen schuldrechtlicher Natur aufzufassen. Hierbei denke ich gerade an die Fälle, wo der Hypothekenschuldner nicht zugleich persönlicher Schuldner, auch nicht Bürge ist, gerade an die Fälle der sogenannten rein dinglichen Haftung. Auch hier muß man m. E. eine gewisse schuldrechtliche Beziehung annehmen, ob man sie nun bezeichnet als „Pflicht zum Einstehen für die im Verkehr erforderliche Sorgfalt", als „Pflicht zum Handeln nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte", oder mit den Römern als Pflicht zum Handeln „uti inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione". Gewiß ist dies keine besondere Verpflichtung, die man einer vertraglichen gleichstellen könnte, sondern nur die Verwirklichung des unser ganzes Rechtsleben beherrschenden Gedankens von Treu und Glauben. Dieser aber bringt es mit sich, daß auch die bloße Sachhaftung unseres Grundstücks unserem persönlichen Handeln gewisse Schranken setzt.

V. In dieser Hinsicht dürften folgende Grenzen zu ziehen sein: In erster Linie kommt, wie im ganzen Schuldrecht, in Betracht die Parteivereinbarung. Daß im Falle der Verletzung einer solchen Vereinbarung Schadenersatz zu leisten ist, bedarf kaum der Erwähnung. Um die Verpflichtung zum Schadensersatz zu begründen, brauchen wir in diesem Falle nicht einmal das Wesen der Hypothek heranzuziehen. Eine solche ergibt sich hier schon aus dem Gesichtspunkte der Vertragsverletzung.

In zweiter Linie, d. h. soweit eine Vereinbarung nicht vorliegt, ist der vermutete Wille der Parteien ausschlaggebend, d. h. dasjenige, was zwei verständige Parteien abgemacht haben würden, wenn sie den Umfang der Haftung in einem Vertrage hätten bezeichnen wollen. Hierfür dürften folgende Gesichtspunkte von Wichtigkeit sein:

1. Einmal kommt in Betracht der Wert des Grundstücks zur Zeit des Beginnes der Sachhaftung, also regelmäßig zur Zeit der Hypothekenbestellung. Und zwar kann hier lediglich der Wert in Frage kommen, der sich bei einer ordnungsmäßigen Ausstattung ergibt, also der Wert, mit dem der Hypothekengläubiger rechnet oder wenigstens rechnen kann. Stehen also zur Zeit der Hypothekenbestellung aus irgend einem zufälligen Grunde ungewöhnlich viele Mieten aus, so wird man, obgleich diese zu der Zeit für die Hypothek haften, den „regelmäßigen" Wert des Grundstücks ohne sie berechnen müssen. Man wird also im allgemeinen eine Verfügung des Eigentümers für berechtigt halten, wenn sie den „regelmäßigen" Wert des Grundstücks zur Zeit der Hypothekenbestellung nicht beeinträchtigt.[55])

2. Aber auch hierüber hinaus wird man eine Verfügung stets dann rechtmäßig nennen, wenn sie die Sicherheit der Hypothek nicht beeinträchtigt[56]). Fehlt es doch, wenn die Hypothek an Kosten, Zinsen und Kapital keinen Ausfall erleidet, überhaupt an einem Schaden, der zu ersetzen wäre. Daß dieser Satz zu Recht besteht,

[55]) So Mettier S. 56; a. A.: RG. Seuff. A. Bd. 59, S. 218, 219, das die Entfernung eines nach Hypothekenbestellung eingefügten wertsteigernden Bestandteils schlechthin als rechtswidrig ansieht; doch halte ich diese Entscheidung für nicht zutreffend. Es muß auch wirtschaftlich erhebliche Bedenken erregen, den Eigentümer in so weitgehender Weise zu binden.

[56]) Dieser Ansicht z. B. Josef LZ. 1911, S. 594, 595.

folgt m. E. schon aus dem Begriff des Eigentums als der grundsätzlich unbeschränkten Herrschaft über eine Sache, soweit eine solche unserer Gesellschaftsordnung überhaupt möglich ist. Das Eigentum erleidet zwar durch das Hypothekenrecht eine Beschränkung; aber diese kann nur soweit gehen, als das schutzwürdige Interesse der Hypothek, ihr Geldwert, reicht.

3. Als dritter Satz kommt endlich noch dazu, wie schon oben erwähnt, daß eine ordnungsmäßige Verfügung nie widerrechtlich ist. Wenn also der Wert eines Grundstücks trotz sachgemäßer Bewirtschaftung soweit sinkt, daß die Hypothek einen Ausfall erleidet, so kann der Hypothekengläubiger den Eigentümer trotzdem nicht auf Schadensersatz in Anspruch nehmen, sondern ist lediglich auf die dinglichen, von ungerechtfertigter Bereicherung und Verschulden unabhängigen Rechtsbehelfe der §§ 1133—1135 BGB. angewiesen.

4. Im einzelnen Falle werden sich freilich öfter sinngemäß Abweichungen von diesen Grundsätzen ergeben, je nach dem bei der Hypothekenbestellung zum Ausdruck gekommenen Willen der Parteien. Wird z. B. ein Darlehen gegen Hypothek gegeben, zwecks Errichtung eines Fabrikgebäudes, so wird der Grundstückswert, der gehalten werden muß, nämlich der, auf den der Hypothekengläubiger muß rechnen können, höher anzunehmen sein, als der Wert des unbebauten Grundstücks. Vielmehr muß hier der Wert des bebauten Fabrikgrundstücks in ordnungsgemäßer Ausstattung als Haftungswert angenommen werden.

VI. Wenn nun eine Verfügung des Eigentümers nach dem Vorstehenden rechtswidrig ist, so bestimmen sich die Ansprüche, die der geschädigte Hypothekengläubiger erheben kann, nach den allgemeinen Vorschriften, also nach §§ 823, 812 BGB. Es ist also zunächst festzustellen, ob

der Eigentümer schuldhaft gehandelt hat. Hierbei gilt nichts besonderes. Es werden also die tatsächlichen Verhältnisse in Rechnung zu ziehen sein, demnach die Bildung, Stellung des Eigentümers usw. Stellt sich hierbei heraus, daß er vorsätzlich oder fahrlässig das fremde Hypothekenrecht verletzt hat, so ist er nach § 823, I BGB. zum Schadensersatze verpflichtet. Fraglich könnte hierbei nur sein, ob das Hypothekenrecht ein „sonstiges Recht" im Sinne des § 823, I BGB. ist.

Zwar glaube ich nicht, daß man das Hypothekenrecht schlechthin als ein „die Veräußerung hinderndes Recht" im Sinne des § 771 ZPO. bezeichnen kann[67]; denn das Wesen des Hypothekenrechts, soweit es auf bewegliche Gegenstände erstreckt wird, liegt eben darin, daß eine Veräußerung unter bestimmten Voraussetzungen es zum Erlöschen bringt. Es hat eben nicht die Kraft, jede Veräußerung zu verhindern. Aber das ist auch nicht nötig. Daß der Hypothekengläubiger am Grundstücke selbst ein Recht, und zwar ein sehr starkes Recht hat, dürfte unbestritten sein. Es kann aber nicht zweifelhaft sein, daß auch die der Hypothek mithaftenden beweglichen Gegenstände einem Recht des Hypothekengläubigers unterworfen sind. Das zeigt sich schon darin, daß nach der Beschlagnahme das Recht an den beweglichen Gegenständen ebenso kräftig ist, wie am Grundstück selbst. Aber auch für die Zeit vor der Beschlagnahme wird es sich nicht wegleugnen lassen, schon mit Rücksicht auf den Wortlaut des § 1120 BGB. Freilich muß es dem Recht des Eigentümers weichen, wenn dieser darüber verfügt, solange der

[67]) Diese Ansicht vertritt Fischer-Henle S. 740, § 1121, Bem. 4; doch ist zu betonen, daß RG. Bd. 55, S. 208, 209, auf das er sich beruft, diese Ansicht nicht vertritt, sondern ein „die Veräußerung hinderndes Recht" nur gemäß § 865, II ZPO. einer Pfändung gegenüber annimmt. Gleicher Meinung RG. Bd. 63, S. 373; Seuffert ZPO. Bd. II, S. 603, § 865, Bem. 2a.

Eigentümer sich innerhalb seiner oben umgrenzten Rechtsbefugnisse hält. Sobald aber der Eigentümer eine unrechtmäßige Verfügung vornimmt, ist das Recht des Hypothekengläubigers stärker als die Verfügungsmacht des Eigentümers und vermag es, ihn nach § 823, I BGB. schadensersatzpflichtig zu machen[58]).

Wenn man sich aber auch nicht entschließen könnte, § 823, I BGB. für anwendbar zu erklären, so müßte man doch wohl die Anwendung von § 823, II BGB. zulassen. Denn §§ 1133—1135 BGB. sind „Gesetze, die den Schutz eines anderen, — nämlich des Hypothekengläubigers — bezwecken". Ein Verstoß gegen diese durch eine rechtswidrige Verfügung würde daher zur Anwendung des § 823, II BGB. führen[59]).

VII. Von einer Schadensersatzpflicht des Eigentümers kann, wie bemerkt, nur dann die Rede sein, wenn er die fragliche unrechtmäßige Verfügung schuldhaft vorgenommen hat. Fehlt es an diesem Erfordernis, so fragt es sich, ob ein Anspruch des Hypothekengläubigers wegen ungerechtfertigter Bereicherung gegeben sein kann. Diese Frage ist zwar dem Eigentümer gegenüber von mehr theoretischer Bedeutung, da sich tatsächlich sehr schwer wird feststellen lassen, inwieweit nun der Eigentümer auf Kosten des Hypothekengläubigers ungerechtfertigt bereichert ist.

[58]) Auch in der Literatur ist das ziemlich unbestritten. Ausdrücklich sprechen sich in diesem Sinne aus RG. Warneyer Erg.-Bd. 1911, S. 305; RG. Bd. 69, S. 91; RG. JW. 1907, S. 332; OLG. Rostock Seuff. A. Bd. 65, S. 99; Josef, „R." 1905, S. 41; Josef, ZB. 1911, S. 595. Im gleichen Sinne OLG. Rostock, „R." 1910, Nr. 2821; OLG. Braunschweig, Seuff. A. Bd. 66, S. 323; OLG. Hamburg, Hans. Ger.-Z. 1908, Beibl. S. 108; übrigens weisen schon die Mot. Bd. III, S. 668 auf diesen Weg hin.

[59]) Diese Ansicht findet sich bei Staudinger Bd. III, S. 769, 770, § 1134, Bem. III und VIII; Bd. III, S. 772, § 1135, Bem. 3; RG. Gruchot Bd. 53, S. 1009; OLG. Rostock Seuff. A. Bd. 65, S. 101; OLG. Braunschweig, Seuff. A. Bd. 66, S. 323.

Da diese Frage jedoch im Konkurse eine große Rolle spielt, so müssen wir sie schon hier berühren. Es ist aber auch dem Eigentümer gegenüber ein Anspruch aus § 812 BGB. gegeben; denn da die Verfügung des Eigentümers unrechtmäßig war, so ist die Bereicherung, die er durch diese Verfügung erfährt, ungerechtfertigt[60]). Bereichert ist der Eigentümer zwar nicht um den Gegenwert für die veräußerten Stücke, da auch diese selbst ihm gehörten. Bereichert aber ist er insofern, als der erworbene Gegenwert der hypothekarischen Haftung nicht unterworfen ist, während die unrechtmäßig veräußerten Stücke es waren. Daß diese Bereicherung des Eigentümers auf Kosten des Hypothekengläubigers erfolgt ist, bedarf keiner Erörterung. Es sind daher die Voraussetzungen des § 812 BGB. gegeben, der Hypothekengläubiger hat also einen Anspruch auf Herausgabe der Bereicherung. Es leuchtet ein, daß es im einzelnen Falle sehr schwer sein wird, diesen Anspruch näher zu bezeichnen, doch glaube ich, daß man hiermit sehr wohl einen Anspruch auf Verwendung des Gegenwertes zur ordnungsgemäßen Wiederausstattung des Grundstücks rechtfertigen könnte.[61])

[60]) Es wird an dieser Tatsache nichts geändert dadurch, daß der Rechtserwerb sich gerade durch den Schutz der Rechtsordnung vollzogen hat. Der in RG. Bd. 69, S. 246, 247 ausgesprochene Grundsatz, daß „bloße Billigkeitserwägungen niemals dazu führen können, einen unter dem Schutze der Rechtsordnung erlangten Erwerb dennoch als des Rechtsgrundes ermangelnd zu behandeln", ist in dieser sehr allgemeinen Fassung jedenfalls bedenklich.

[61]) Es ist noch hervorzuheben, daß nach der in dieser Arbeit vertretenen Auffassung der Eigentümer auch hinsichtlich der Mietszinsen usw. verpflichtet ist, Verfügungen zu unterlassen, die gegen Treu und Glauben verstoßen. Freilich wird eine Verfügung sich hier meist noch als „ordnungsmäßige" darstellen, sofern sie sich im Rahmen der §§ 1123—1130 BGB. hält. Wichtig ist für Versicherungsforderungen aber die Feststellung,

§ 13.

e) Die Pflichten des Konkursverwalters und die Bedeutung ihrer Verletzung für die Konkursmasse.

I. Wir sahen oben, daß dieselben Grundsätze, die angewandt werden müssen, um zu entscheiden, ob eine Verfügung des Eigentümers rechtmäßig ist oder nicht, auch für die Verfügungen des Konkursverwalters gelten. Auch der Konkursverwalter handelt daher nicht rechtswidrig, sofern die Verfügung entweder einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entspricht oder den gemeinen Wert der haftenden Grundstücksgesamtheit zur Zeit der Hypothekenbestellung nicht verletzt oder endlich die Sicherheit der Hypothek unangetastet läßt. Insofern haben wir gar keine Abweichung von dem über die Verfügungen des Eigentümers Gesagten. Anders aber als dort gestaltet sich die Beantwortung der Frage, wann ein Verschulden des Konkursverwalters vorliegt. Während zur Beurteilung dieser Frage beim Eigentümer nur die tatsächlichen Verhältnisse zu berücksichtigen sind, fällt beim Konkursverwalter noch ins Gewicht, daß dieser nicht ein in seinen Verfügungen grundsätzlich unbeschränkter Privatmann, sondern ein durch das Gesetz und den Konkurszweck eingeengter Treuwalter und zudem kraft seines Amtes zu einer ganz besonderen Sorgfalt verpflichtet ist. Diese erhöhte Sorgfaltspflicht muß auch dem Absonderungsberechtigten zu Gute kommen. Zwar hat man eingewandt,

daß eine den §§ 1127–1130 BGB. entsprechende Verfügung doch einmal gegen Treu und Glauben verstoßen kann, vgl. Josef, LZ. 1909, S. 525, 526. Die von Josef LZ. 1909, S. 523, 524 und LZ. 1911, S. 595, 596 vertretene Ansicht, daß der Eigentümer (und entsprechend der Konkursverwalter) zu Verfügungen über Mietszinsen usw. in Gegensatz zum Zubehör stets *berechtigt* sei, ist nach dem oben Gesagten unrichtig.

daß die Absonderungsberechtigten ihre Befriedigung außerhalb des Konkurses suchen müssen, daß sie daher nicht „Beteiligte" im Sinne des § 82 KO. sein könnten.[62]) Wir brauchen auf diese Streitfrage, die schließlich doch m. E. mehr ein Streit um Worte ist, nicht näher einzugehen. Denn soviel dürfte feststehen: da die Absonderungsberechtigten keine eigentlich am Konkurse teilnehmenden Personen sind, so würde es merkwürdig sein, wenn sie gemäß § 82 KO. den Konkursverwalter verantwortlich machen könnten für eine Pflichtverletzung, die bei irgend einer Verwaltungshandlung vorgekommen ist, die sie selbst garnicht berührt. Ebensowenig auch können sie auf § 82 KO. irgendwelche Ansprüche stützen, die ihnen nicht in gleicher Weise bei Verschulden des Eigentümers gegen diesen zustehen würden.[63]) Andererseits aber kann

[62]) So v. Wilmowski S. 307, 308, § 82, Bem. 2; Kohler, Leitfaden S. 217, Anm. 2; Sarwey S. 319, § 82, Bem. 1; Josef LZ. 1911, S. 595, Anm. 3; wohl auch RG. JW. 1911, S. 60, 61; zweifelhaft RG. Bd. 34, S. 29; den Massegläubiger, aber wohl nicht den Absonderungsberechtigten, rechnen zu den Beteiligten RG. Bd. 36, S. 96; OLG. Karlsruhe, Bad. Rechtsprax. 1904, S. 234; dagegen wenden § 82 zu Gunsten des Absonderungsberechtigten an Jaeger Bd. II, S. 35, § 82, Bem. 2; Wolff KO. S. 324, § 82, Bem. 3; Petersen-Kleinfeller S. 371, § 82, Bem. 2; Fitting S. 322; Potyka S. 153, 154, besonders Anm. 192; Willenbücher S. 158; § 82, Bem. 2; KG. Rspr. Bd. 16, S. 345, 346. Daß der Konkursverwalter nicht nur die Rechte der Konkursgläubiger, sondern auch die Rechte der Absonderungsberechtigten zu berücksichtigen hat, betonen RG. Bd. 74, S. 106—110; RG. JW. 1910, S. 807; OLG. München, Seuff. A. Bd. 63, S. 343. Die so verschiedenen Ansichten in der Literatur dürften sich zum großen Teil so erklären, daß die eine Richtung mehr daran denkt, daß der Konkursverwalter nicht die Pflicht hat, für die Absonderungsberechtigten sich besonderen Mühewaltungen zu unterziehen, die andere mehr daran, daß er Absonderungsrechte nicht willkürlich verletzen darf.

[63]) In dieser Hinsicht gilt, was Kohler, Leitfaden S. 217, Anm. 2, allgemein über das Verhältnis des Konkursverwalters

man nicht sagen, daß ein Hypothekengläubiger vom Konkurse des Eigentümers unberührt bliebe.[54]) Geht doch das Verwaltungsrecht auf den Konkursverwalter über auch hinsichtlich des haftenden Grundstücks, sodaß der Hypothekengläubiger freilich erwarten muß, daß der Konkursverwalter alles vom Grundstück entfernt, was er zu entfernen und zu versilbern gesetzlich befugt, aber auch gesetzlich verpflichtet ist. Es leuchtet daher ein, daß auch den Absonderungsberechtigten, wenn er auch rechtlich außerhalb des Konkurses steht, die Konkurseröffnung tatsächlich sehr wohl in seinen Rechten schädigen kann und in den meisten Fällen auch schädigen wird. Es ist deshalb einfach ein Gebot der ausgleichenden Gerechtigkeit, wenn man die erhöhte Sorgfaltspflicht des Konkursverwalters, die der Absonderungsberechtigte gegen sich gelten lassen muß, ihm auch andererseits zu Gute kommen läßt. Die Annahme, ob eine Fahrlässigkeit vorliegt, wird daher auch zu Gunsten des Absonderungsberechtigten danach beurteilt werden müssen, ob der Konkursverwalter die ihm als Konkursverwalter besonders obliegende Sorgfalt, nicht ob er die im Verkehr allgemein erforderliche Sorgfalt beobachtet hat.

II. Zur Beurteilung dessen, ob Fahrlässigkeit vorliegt, ist zu beachten, daß Rechtsirrtum zwar, wenn er selbst als entschuldbar anzusehen ist, eine Fahrlässigkeit ausschließen kann.[55]) Doch dürfte ein Irrtum über die

zu Dritten, d. h. anderen Personen als den Konkursgläubigern sagt: „Wird er dritten Personen haftbar, so ist dies nur deshalb der Fall, weil er in ihre Interessen, als Interessen Dritter, eingegriffen, nicht weil er ihre Interessen zu vertreten gehabt hätte".

[54]) Auf die Berührungspunkte von Konkurs- und Absonderungsrecht weist hin Potyka S. 139.

[55]) RG. Bd. 39, S. 98—102; RG. Bd. 73, S. 337; RG. JW. 1899, S. 491; RG. JW. 1900, S. 73; RG. JW. 1907, S. 251.

Verpflichtung den Absonderungsberechtigten ihre Befriedigung zuteil werden zu lassen, kaum entschuldbar sein. Entschuldbarer Tatsachenirrtum ist naturgemäß gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuches ausgeschlossen. Es kann daher auch nicht darauf ankommen, ob der Hypothekengläubiger der Zubehörveräußerung widersprochen hatte oder nicht. Ein solcher Widerspruch kann keine Bedeutung haben, da der Konkursverwalter verpflichtet ist, ihm bekannte Absonderungsrechte nicht zu verletzen,[66]) die Hypothek ihm aber durch das Grundbuch bekannt sein mußte.

III. Hat nach dem Vorstehenden der Konkursverwalter unrechtmäßig und schuldhaft gehandelt, als er das Grund-

[66]) Von dem Standpunkte aus, der in der Arbeit vertreten wird, kann die Geltendmachung oder Nichtgeltendmachung eines Absonderungsrechtes wichtig werden nur für die Frage, ob die Handlung des Konkursverwalters infolge Kenntnis des Absonderungsrechtes schuldhaft oder infolge seiner Unkenntnis nicht schuldhaft ist. Eine Bedeutung kann die Geltendmachung daher nur im Hinblick auf wirkliche Pfandrechte haben, die der Konkursverwalter nicht wie die Hypotheken aus einem öffentlichen Buche erkennen kann. Dem Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung steht eine Unterlassung der Geltendmachung nie entgegen, da es hier — wie Petersen-Kleinfeller S. 311, § 59, Bem. 13 betont — nur auf die sachliche Gerechtfertigtkeit ankommt. Es erübrigt sich daher, auf die vielfachen Erörterungen in der Literatur einzugehen, was für eine Bedeutung die Geltendmachung des Anspruchs habe. Es ist wohl richtig, daß der Konkursverwalter nicht von Amtswegen verpflichtet ist, für die Absonderungsberechtigten zu sorgen, d. h. im Interesse der Absonderungsberechtigten die Versilberung der Absonderungsgegenstände zu betreiben (so die gesamte Literatur). Aber ebenso unzweifelhaft ist es auch, daß er ihm bekannte Absonderungsrechte nicht verletzen darf. So Hahn Bd. IV, S. 57; Sarwey S. 59, 60, § 4, Bem. 2; Endemann S. 374; Willenbücher S. 15, 16, § 4, Bem. 4a; v. Völderndorff S. 44, Vorbem. zu Titel 1, Nr. 5; v. Wilmowski S. 366, 367, § 127, Bem. 1; Wolff, KO. S. 42, § 4, Bem. 3b, Jaeger Bd. I, S. 68, § 4, Bem. 6; Potyka S. 151, 152; RG. Bd. 33,

stückszubehör veräußerte oder eine Verfügung über andere der Hypothek haftende Gegenstände vornahm, so ist die daraus entstehende Schadensersatzpflicht eine Masseschuld gemäß § 59, Nr. 1 KO. Zwar hat nach der herrschenden Meinung nicht jede Handlung des Konkursverwalters die Wirkung, eine Masseschuld hervorzubringen, sondern nur eine Handlung, die der Konkursverwalter innerhalb des ihm zugewiesenen Geschäftskreises vornimmt, dann aber auch ohne Rücksicht darauf, ob sie für die Masse günstig oder schädlich ist.[66]) Ja, selbst einer vorsätzlich gegen das Interesse der Masse vorgenommenen Handlung wird man mit der herrschenden Meinung die Wirkung zuschreiben müssen, daß sie die Masse verpflichtet. Jedoch hat die Masse, d. h. der Eigentümer, auch noch bei andauerndem Konkurse, in allen Fällen, wo es sich um ein Verschulden des Konkursverwalters handelt, gegen diesen einen Regreßanspruch, der dann ein Aktivposten der Masse ist; ein gleicher

S. 118; RG. Bd. 69, S. 92; RG. JW. 1910, S. 807; RG. LZ. 1912, S. 697; KG. Rspr. Bd. 1, S. 440; das Gleiche nehmen für Pfandrechte an beweglichen Sachen nur dann an, wenn sie geltend gemacht sind, RG. Bd. 14, S. 1 4; OLG. München, Seuff. A. Bd. 63, S. 343; OLG. Naumburg Rspr. Bd. 15, S. 240, das in diesem Falle auch stets die „subjektive Rechtswidrigkeit" als gegeben ansieht.

[67]) Jaeger Bd. I, S. 660, § 59, Bem. 1; Petersen-Kleinfeller S. 35, § 4, Bem. 5; S. 308, § 59, Bem. 5; v. Wilmowski S. 260, § 59, Bem. 2; Wolff, KO. S. 225, § 59, Bem. 1; Fitting S. 176, Anm. 14; Willenbücher S. 15, § 4, Bem. 4a; S. 127, § 59, Bem. 1; RGR. Bd. I, S. 1045, § 1121, Bem. 1. Daß eine Handlung innerhalb des dem Konkursverwalter zugewiesenen Geschäftsbereiches liege, nimmt bei Verwertung von Absonderungsgegenständen stets an: v. Wilmowski S. 307, 308, § 82, Bem. 2; ebenso Potyka S. 152; Endemann S. 374, freilich im offenen Widerspruch zu S. 367.

Anspruch steht jedem Geschädigten neben seinem Masseanspruch zu.[68])

Erfolgt die Veräußerung der Zubehörstücke oder die Verfügung über andere der Hypothek mithaftende Gegenstände, wie es fast ausnahmslos der Fall sein wird, zur gesetzmäßigen Verwertung der Masse, so wird man zweifellos nicht leugnen können, daß diese Handlung innerhalb des Geschäftskreises des Konkursverwalters liegt. Es wird also in der Regel, sofern die Veräußerung sowohl unberechtigt als schuldhaft erfolgt, eine Haftung der Masse und eine persönliche Haftung des Konkursverwalters gegeben sein.

IV. War die Verfügung des Konkursverwalters unrechtmäßig, aber nicht schuldhaft, so ist zum mindesten die Masse ungerechtfertigt bereichert. Dies hat im Konkurse eine viel größere Bedeutung als bei einer unberechtigten Verfügung des Eigentümers; denn im Konkurse ist die Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung eine Masseforderung nach § 59, Nr. 3 KO. Hätte der Absonderungsberechtigte aber einen solchen Anspruch nicht, so könnte er seinen Ausfall nur als gewöhnliche Konkursforderung nach § 64 KO. geltend machen, also nur soweit er eine persönliche Forderung gegen den Gemeinschuldner hat.

V. Wenn wir noch einmal kurz das Ergebnis unserer Untersuchung überschauen, so ergibt sich folgendes: Bei jeder Verfügung über einen der Hypothek „mithaftenden" Gegenstand ist zunächst zu prüfen, ob ein Fall der §§ 1121—1130 BGB. vorliegt. Ist dies nicht

[68]) Jaeger Bd. II, S. 37, § 82, Bem. 7; Petersen-Kleinfeller S. 308, § 59, Bem. 5; v. Wilmowski S. 366, 367, § 127, Bem. 1; Wolff, Absonderungsrecht S. 161; Willenbücher S. 15, § 4, Bem. 4a.

der Fall, so haftet das Stück, über das verfügt worden ist, weiter für die Hypothek. Liegt aber ein Fall vor, auf den einer der §§ 1121 1130 BGB. Anwendung findet, so werden die fraglichen Stücke von der Haftung für die Hypothek frei, ohne daß das Entgelt an ihrer Stelle in diese eintritt; der Umkreis der Haftungsgegenstände erleidet tatsächlich eine Einschränkung. Ob der Hypothekengläubiger hierfür auf schuldrechtlichem Gebiete entschädigt wird, richtet sich danach, ob die Veräußerung „unrechtmäßig" war, d. h. Treu und Glauben in dem oben näher beschriebenen Sinne widersprach. In diesem Falle ist zumindest ein Anspruch gegen die Konkursmasse aus § 59, Nr. 3 bezw. Nr. 1 KO. gegeben. Ist die unrechtmäßige Veräußerung dem Konkursverwalter zur Schuld anzurechnen, so besteht auch noch ein Anspruch unmittelbar gegen diesen aus § 82 Ko.

Schluß.

§ 14.

Rechtspolitische Würdigung.

Es ist eine alte Regel, daß eine gute Entscheidung nur eine solche sein kann, die dem Rechtsgefühl und der Billigkeit Genüge tut, die bei ihrer Entscheidung jedem der widerstreitenden Interessenkreise nach Möglichkeit gerecht wird, ohne einen auf Kosten der übrigen zu bevorzugen. Ich glaube, daß die in dieser Arbeit vertretene Entscheidung diesem Erfordernis entspricht. Es bekämpfen sich hier die Interessen der Verkehrssicherheit, der Konkursmasse und der Absonderungsberechtigten. Ersteres wird, wie § 3 zeigt, völlig befriedigt. Zwischen letzteren beiden mußte eine Grenze gezogen werden. Ich glaube, daß die Grenze in unserer Entscheidung richtig gezogen ist. Das Rechtsgefühl verlangt es m. E., daß der Grundstückseigentümer und entsprechend der Konkursverwalter durch eine vielleicht nur kleine Hypothek nicht weiter gebunden ist, als der Zweck, den Hypothekengläubiger wegen seiner Forderung zu sichern, es erfordert. Der Eigentümer wie der Konkursverwalter werden nach unserer Entscheidung bei nicht übermäßiger Belastung des Grundstücks im allgemeinen nicht verpflichtet sein, eine Verfügung, die sie beabsichtigen, um der Hypotheken-

gläubiger willen zu unterlassen. Sie haben vollkommen die Bewegungsfreiheit, die im Interesse einer ersprießlichen Grundstücksbewirtschaftung erfordert ist, ja, auch wenn das Grundstück hypothekenüberlastet ist, sind sie noch immer zu allen Verfügungen berechtigt, die eine ordnungsmäßige Bewirtschaftung des Grundstücks erfordert. Andererseits sind sie aber verpflichtet, für die Sicherheit des Hypothekengläubigers in bestimmtem Umfange Sorge zu tragen. Das Maß dieser Verpflichtung bestimmt sich durchaus nach dem einzelnen Fall. Ich glaube, daß der Hypothekengläubiger billigerweise keine größere Sicherheit verlangen kann, als ihm in dieser Entscheidung zuerkannt ist. Daß er dinglich nicht gesichert ist, wenn der Eigentümer oder Konkursverwalter sein Hypothekenrecht verletzt, entspricht unserer Rechtsordnung, die bei Verletzungen von Rechtsgütern regelmäßig nur schuldrechtliche Ersatzansprüche gibt. Es ist ein Satz, den auch die vollkommenste Rechtsordnung nicht aus der Welt schaffen wird, daß durch die rechtswidrigen Handlungen unsozialer Mitglieder der Gesellschaft Rechtsgüter verletzt oder vernichtet werden können. Der Wunsch, dem Verletzten hierfür nach Möglichkeit eine Entschädigung zu gewähren, darf nicht verfolgt werden auf dem Wege dinglicher Ausgleichung: denn eine solche widerspricht den Grundsätzen der Verkehrssicherheit. Vielmehr kann der Ausgleich für eine Rechtsverletzung nur darin bestehen, daß der Verletzer angehalten wird, dem Verletzten seinen Schaden zu ersetzen, ein Gedanke, der unser ganzes Rechtsleben durchzieht. Diese Gedanken hat die vorliegende Arbeit in ihrem Sonderfalle durchzuführen gesucht.